Schemi interamente sostitutivi del manuale di diritto penale (GROSSO-PELLISSERO-PETRINI-PASA)

Diritto Penale I (Università degli Studi di Torino)

Scan to open on Studocu

Studocu is not sponsored or endorsed by any college or university
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

INTRODUZIONE AL DIRITTO PENALE

IL DIRITTO PENALE E GLI ALTRI SETTORI DELL'ORDINAMENTO

- diritto penale: fatti che costituiscono reato e le relative sanzioni
  → il **reato** è punito con sanzioni consistenti in pene e misure di sicurezza
- diritto civile: diritti dei cittadini e rapporti tra privati
  → l'**illecito civile** è punito con le sanzioni del risarcimento del danno e delle restituzioni
- diritto amministrativo: organizzazione e funzionamento delle amministrazioni pubbliche e rapporti con i cittadini
  → l'**illecito amministrativo** è punito con sanzioni amministrative (pecuniarie, interdizioni, prescrizioni..)

DIFFERENZE TIPOLOGICHE TRA ILLECITI

- il reato è si distingue dall'illecito civile per la **specifica tipizzazione** di ciascun illecito
  per questo detto **illecito di modalità di lesione**
- l'illecito civile è caratterizzato dall'**atipicità** e dalla generalizzazione della sua formulazione ex art. 2043
  mero illecito di lesione
- l'illecito amministrativo ha poche differenze rispetto all'illecito penale
  - è **tipico**
  - viene punito con **sanzioni simili** nel loro contenuto a quelle previste in sede penale
    dal momento che incidono su libertà/patrimonio, la **l. 689/81** assicura le stesse garanzie delle norme penali
    più ampia utilizzazione di pene principali ≠ dal carcere, che finiscono con il coincidere con le p. amministrative

→ **progressiva attenuazione delle differenze** di trattamento applicativo e contenuto sostanziale

N.B. le sanzioni **pecuniarie** possono essere si amministrative che penali PERO' rimane ≠:

1) l'autorità competente ad irrogarle
2) procedura di applicazione in caso di mancato pagamento per insolvibilità del destinatario
   - la pubblica amministrazione può solo procedere con l'esecuzione forzata
   - multe o ammende non pagate, queste si convertono in una **sanzione limitativa della libertà personale**
     sent. cost 131/79 ha dichiarato illegittimo l'**art. 136**cp (ex art. 3cost) che prevedeva la reclusione/arresto per via della disparità di trattamento e ha disposto la conversione in un tot giorni di libertà controllata

FUNZIONE DEL DIRITTO PENALE

700/800 FUNZIONE UTILITARISTICA DEL DIRITTO PENALE
800 FUNZIONE RETRIBUZIONISTICA
1948 VALORI LIBERAR DEMOCRATICI, BENE GIURIDICO, OFFESA

Secondo dopoguerra, 1960, si vuole ripristinare i concetti di autorità e libertà. Sanzioni devono essere usate solo per infrazioni che offendono beni di primaria importanza. Uso come extrema ratio, diritto penale minimo, bando dei reati bagatellari.
ritorno del diritto alle origini illuministiche, considerando il d. penale come uno strumento per proteggere ibeni di maggior rilievo, quindi ritorna il concetto di bene giuridico.
1948 Cost individua un catalogo di valori ai quali ispirarsi per predisporre linee di protezione giuridico penale. con la ri affermazione dei valori liberar democratici si torna a considerare penalmente irrilevante un fatto tipico inoffensivo.

a) **tutela degli interessi** di maggior rilievo individuale e sociale:
   diritto penale come **extrema ratio di protezione giuridica**
b) **retribuzionistica**:
   la ragione giustificatrice della sanzione penale è la punizione del colpevole, indipendentemente dal fatto che avesse o meno offeso il bene tutelato dalla norma

porta ad una concezione autoritaria del diritto penale

NOZIONE DI REATO

PENE TIPIZZATE: ergastolo, reclusione, multa per delitti, arresto e ammenda per contravvenzioni

DEFINIZIONE FORMALE:

"*il reato è un fatto vietato dalla legge penale la cui commissione comporta l'applicazione di una sanzione penale*"
- non fa riferimento alla natura dei fatti assunti ad oggetto della disciplina penale, ma solo al modo con il quale l'ordinamento reagisce alla loro realizzazione
- **N.B.** dal momento che le pene sono elencate tassativamente, i reati si distinguono dagli altri tipi di illeciti sulla base della pena prevista come reazione

DEFINIZIONE SOSTANZIALE:

"*reato è ciò che turba gravemente l'ordine etico, che pone in grave pericolo la conservazione della società*"
- Antolisei: "*comportamento umano che, a giudizio del legislatore, contrasta con i fini dello Stato ed esige come sanzione una pena criminale*"
- Identificazione di caratteristiche che un illecito dovrebbe possedere per poter essere considerato illecito penale sulla base di parametri forniti dalla costituzione (catalogo dei valori fondamentali)

"*illecito che offende beni che, alla luce dei valori costituzionali devono essere considerati di maggiore importanza e pertanto meritevoli di essere protetti sul terreno del diritto penale*"

CEDU, UE, porta verso valutazioni sostanziali del reato, attraverso art 6/7 che prevedono garanzie sostanziali: irretroattività, determinatezza, divieto di analogia, colpevolezza, e procedurali come il diritto di difesa e contraddittorio. L'approccio concreto dell'UE serve ad evitare la cd truffa delle etichette, ovvero quando uno stato maschera e qualifica come non penale un infrazione.

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

nel libro: sistema del doppio binario: pene (limite) e misure di sicurezza (no limite). La pena ha funzione rieducativa e funzione di prevenzione generale.

EVOLUZIONE STORICA DEL DIRITTO PENALE

700 ILLUMINISMO

- elabora i **principi** alla base delle legislazioni penali europee
  - dà vita al diritto penale moderno
  - di stretta legalità
  - divieto di applicazione analogica
  - certezza del diritto
  - irretroattività
  - personalità della responsabilità penale…

  (quadro delle garanzie individuali)
- **Cesare Beccaria** "Dei delitti e delle pene":
  - il diritto penale deve fornire una **protezione** forte dei beni umani fondamentali
    - deve essere usato solo quando si riveli strumento strettamente necessario (*extrema ratio* di tutela)
  - i delitti e le pene devono essere individuati con **chiarezza** prima della commissione del fatto
  - misura della pena **proporzionale**, per quantità e qualità, alla gravità del fatto commesso (**retributiva**)
    - non deve superare il limite necessario per impedire il reato (**efficacia preventiva** generale)
    - non deve essere necessariamente severa, ma inflitta con **rapidità** e **ineluttabilità**
      - maggiore efficacia intimidatoria
  - la pena deve essere **uguale per tutti**, indipendentemente dalle condizioni personali e sociali del reo
  - la **pena di morte** è abolita (o ammessa solo per casi eccezionali) e forte critiche anche per la tortura
- questi principi hanno connotato le codificazioni degli ultimi anni del '700

LA SCUOLA CLASSICA

- nasce in Italia i primi dell'800, sulla scia del pensiero liberale, guidata da **Francesco Carrara**
- caratteri rispetto all'Illuminismo
  - continuità rispetto ai canoni garantistici
  - ribaltamento dell'impostazione utilitaristica del diritto penale
- tentativo di costruire un **sistema astratto** di diritto penale
  - indipendente dalle contingenze attuali, ancorato alla **ragione assoluta**
- il giurista deve basarsi su **criteri di razionalità**, senza considerare le contingenze sociali, né la legislazione positiva
  - **principi cardini assoluti**:
  - legalità, irretroattività e certezza della legge penale
  - tassatività delle fattispecie, e si sottolinea che nessuno può essere punito per i soli pensieri e intenzioni
    - il presupposto della realizzazione di un fatto (c.d. *forza fisica* del reato)
  - responsabilità legata alla presenza della capacità di intendere e di volere del reo (c.d. *libero arbitrio*)
    - di scegliere fra il bene e il male
- il **rapporto di proporzione** tra reato e sanzione si basa solo sulla **retribuzione giuridico-morale**
  - no prevenzione generale
  - elaborata una costruzione dei singoli reati sulla base di canoni assoluti di razionalità
    - eccetto per i delitti di lesa maestà, rimessi al detentore del potere
- perfezionamento degli strumenti di analisi tecnica: approccio metodologico importante, mantenuto nel tempo e che in primis ha influenzato la stesura del codice penale **Zanardelli** del 1889
  - già elevata espressione legislativa delle garanzie illuministico-liberali, es:
  - eliminazione della pena di morte
  - sistema sanzionatorio articolato in sanzioni anche diverse dal carcere e da quelle pecuniarie
  - principio di colpevolezza, quale presupposto della responsabilità penale
  - considerazione soltanto dei fatti lesivi di interessi e rispetto del principio di tassatività

LA SCUOLA POSITIVA

- mutamento radicale nell'**approccio metodologico**:
  i classici usavano il metodo deduttivo: su una rigorosa impostazione logica, analisi del reato e della pena
  i positivisti seguono un **metodo induttivo**: analisi concentrata sulla personalità dell'**autore dell'illecito**
- mutamento dell'idea e dei presupposti della **responsabilità**
  Per i classici il reo
  - era dotato di libero arbitrio
  - se sceglieva il male doveva essere punito proporzionalmente

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

Per i positivisti — **non esisteva il libero arbitrio**
il reato è sintomo di una **devianza mentale**
il reo è **anormale** e quindi non può essere chiamato a rispondere, ma deve essere curato, rieducato e aiutato a recuperare il suo **equilibrio psichico**

- mutamento del concetto di **sanzione penale**
  Per i classici la pena era uno strumento di disincentivazione del reato/retribuzione della colpa (sanzione a termine, proporzionata e rigorosa)
  Per i positivisti la pena — era sostituita da una **misura di natura preventivo-speciale** — destinata a rimuovere le cause della devianza
  aveva durata indeterminata: fino a che non fosse cessata la pericolosità sociale
- manifesto della scuola positivista: **L'uomo delinquente** di Cesare Lombroso (sanzione indeterminata, quanto necessario per rieducare il reo deviato)
- nel '900 è stata la scuola predominante
  Enrico Ferri all'inizio degli anni 20 incaricato dal guardasigilli Mortara (ministro della giustizia) di redigere un progetto preliminare di codice penale, istituendo una commissione costituita da soli positivisti
  Non ebbe poi seguito per le vicende politiche italiane immediatamente successive (fascismo)
  Idee positiviste in tema di pericolosità sociale e di sanzione penetrarono nel codice Rocco

TECNICISMO GIURIDICO

- nuovo orientamento che nasce come reazione alla scuola classica e positiva
- enunciazione organica di **Arturo Rocco**, contenuta nella prolusione all'Università di Sassari
- tesi principale: diritto penale è in crisi a causa della sovrapposizione tra diritto, antropologia, psicologia, politica… per la mancanza di **costruzione dogmatica degli istituti** sulla base dei principi del diritto positivo

→ la scuola classica ha elaborato un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, sganciato dalle legislazioni
→ la scuola positiva ha considerato il diritto penale come un capitolo della sociologia
L'indirizzo tecnico giuridico è l'unico possibile in una scienza giuridica, circoscritta a principi di diritto positivo

- segni di continuità — costruzione elementi del reato
  forme di manifestazione del reato
  definizione della funzione retributiva della pena
- compito del giurista: interpretare correttamente le leggi e costruire dogmaticamente gli istituti giuridici in conformità agli enunciati legislativi
- nuova impostazione metodologica: scienza giuridica e politica criminale come **mondi separati** — appannaggio di politici, politologi e sociologi

→ con l'affermazione della dittatura fascista fu un approccio che ben si adattò allo sviluppo dei tempi
1)funzionale alla conservazione degli interessi codificati dal legislatore
2)limitativo del ruolo di giurista alla mera ricognizione del contenuto delle norme

Rocco rifiuta la scuola classica per l'assolutismo e rifiuta la scuola positiva per la fusione con le scienze sociali

POLITICA CRIMINALE DURANTE IL FASCISMO

- tra il 1925 e il 1930 il ministro **Alfredo Rocco** (fratello di Arturo) insieme a una commissione redige un nuovo codice penale
  idea di integrare e completare le norme del codice del 1889, senza modificare le basi teoriche alla base
- secondo la concezione fascista
  1)lo stato non sarebbe più espressione della somma degli individui, ma manifestazione di un potere in grado di agire autonomamente per il conseguimento dei suo obiettivi
  2)il diritto di punire era un diritto di conservazione e di difesa dello stato
- **N.B.** per alcuni sono prevalenti i **profili di discontinuità** modellati dall'impronta illiberale:
  a) settori della parte speciale (delitti contro lo stato, reati di opinione, delitti di sciopero): previsti numerosi reati di pericolo presunto
  b) principio di colpevolezza: numerose ipotesi di responsabilità oggettiva
  c) abbandonata l'idea di un diritto penale per la tutela dei beni, ma funzionale alla punizione in sé di disobbedienza alla volontà dello stato, debilitante l'autorità dello stato
  d) nuova configurazione di pene: pena di morte, ampio uso dell'ergastolo, inasprimento delle sanzioni

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **N.B.** per altri ci sono diversi **profili di continuità**
  a) catalogo dei reati
  b) principi di parte generale (eccetto il principio di colpevolezza)
- opzione del **doppio binario**:
  misure di sicurezza indeterminate che si applicano a chi si ritiene socialmente pericoloso (imputabile e non), al fine della difesa sociale e del suo recupero sociale (?)

→ il risultato dell'elaborazione di Rocco, basata anche su un compromesso tra le due scuole, fu funzionale alla prospettiva fascista di repressione della devianza criminale sganciata dal rigoroso rispetto dei **principi di stretta legalità e tassatività**

CADUTA DEL FASCISMO E TENTATIVI DI RIFORMA

- nell'agosto del 1944 abolizione della pena di morte
- nel gennaio del 1945 il Guardasigilli Tupini istituisce una commissione di riforma del codice penale
  - **N.B.** non pervenne ad alcun risultato
- ostacoli alla riforma del codice rintracciabili in alcuni componenti della stessa commissione:
  1)elogiavano il **tecnicismo** del codice (*tecnicamente impeccabile*)
  2)consideravano il più completo esperimento di conciliazione tra classicismo e positivismo
  - il codice poteva essere mantenuto nonostante la caduta del fascismo attraverso circoscritte riforme di settore
- eletta l'assemblea costituente nel 1946, si pensò che sarebbe stato opportuno procrastinare le riforme dei codici per poterli adeguare ai nuovi principi dello stato repubblicano
- l'opera di riforme settoriale alla fine inizierà negli anni '60

IMPATTO DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI SUL SISTEMA PENALE

- **N.B.** opera di adeguamento ai dettami della costituzione

1)ci sono norme che prevedono **principi di garanzia** ed enunciano in materia di responsabilità penale e di sanzioni
- ex il principio di colpevolezza è tornato centrale nella teoria della responsabilità

2)enunciazione dei diritti di libertà e dei diritti sociali
- molte norme del codice Rocco sono risultate illegittime e modificate attraverso le sentenze interpretative

Numerosi tentativi di riforma della parte speciale del codice penale, ma mai una riforma organica del codice.

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

La politica criminale costituisce un aspetto della più ampia categoria di politica sociale. Quest'ultima interviene in via preventiva per contrastare i cd fattori criminogeni (interventi finalizzati ad evidenziare gli effetti nocivi dell'assunzione di stupefacenti, ad esempio.

Non sono strumenti necessariamente di tipo penale, sono inclusi, ad esempio: le sanzioni amministrative, sanzioni disciplinari, interventi preventivi, meccanismi ingiunzionali (meccanismi che pongono divieti od obblighi per prevenire).
Casi concreti: contrasto alla criminalità organizzata, contrasto uso stupefacenti, conseguenze relative ad incidenti in violazione del codice della strada

PRINCIPI GENERALI DI POLITICA CRIMINALE

DIFFERENTI POLITICHE

1) **politica CRIMINALE**: insieme degli strumenti che un sistema predispone per contrastare la criminalità e la ricerca di quelli che si presentano più efficaci (razionalità di scopo)
   - logica puramente preventiva
2) **politica PENALE**: affronta il problema della criminalità attraverso il ricorso a strumenti strettamente penali
   - no sanzioni amministrative
   - è **inclusa** nella politica criminale

Il diritto penale assicura all'autore del reato garanzie su due versanti: tutela degli abusi del potere punitivo (non sarà punito se non nel rispetto delle regole) e tutela degli abusi dell'autodifesa (tutela da arbitrarie forme di vendetta privata, la potestà punitiva spetta allo Stato).

Per molto tempo sulla base del tecnicismo giuridico lo studioso del d. penale doveva limitarsi a fare un'opera di ricognizione della disciplina normativa penale senza considerare l'EFFICACIA della disciplina.

- diffusione del **sequestro di persona** degli anni '70
  - per scoraggiarlo il legislatore prima **inasprì le pene**
    - **N.B.** Beccaria: *non serve la gravità della pena, ma la certezza della sua gravità*
  - successivamente introdusse il **blocco dei beni**: congelamento obbligatorio del patrimonio del rapito, del coniuge, dei suoi parenti, che, a discrezione del giudice, può essere esteso anche ad altre persone, se c'è il timore che possano aiutare la famiglia ad aggirare la legge
    - nel giro di qualche anno sequestri ridotti a 0
    - si sono però poi sviluppati i "sequestri lampo" di 24/48h sulla base della liquidità delle persone, ma anche in questo caso contenimento con limiti alla circolazione del contante e impossibilità di ritirare grandi somme

- **omicidio stradale**
  - **N.B.** abbiamo un livello superiore a quello di altri stati, che sarebbe da ridurre entro il 2022 se no sanzioni pecuniarie per procedure di infrazione
  - la politica **penale** ha introdotto le lesioni personali stradali e dell'omicidio stradale con pena di 7 anni se conducente rimane a soccorrere, 30 anni per omicidio colposo (ubriaco che scappa)
  - a livello di politica **criminale** sono state previste sanzioni amministrative es la confisca del veicolo, sospensione della patente, riduzione punti
    - si sono mostrate efficaci
  - **N.B.** un altro buon provvedimento sarebbe l'istallazione di controlli di velocità nascosti ovunque

→ il nostro sistema è definito un **diritto penale simbolico**: rende i cittadini *falsamente rassicurati* attraverso gli **incrementi di pene**, ma spesso non riesce a intervenire in modo efficiente sulla commissione dei reati

3) **politica SOCIALE**: si occupa di qualunque fenomeno sociale e interviene in via preventiva per contrastare i fattori predisponenti alla commissione del reato
   - forma di **devianza sociale**, oggetto della **politica criminale** (inclusa nella politica sociale)
   - c.d. **fattori criminogeni** es interventi sul piano educativo di sensibilizzazione sull'effetto degli stupefacenti
   - traduzione in termini attuali della **teoria dei sostitutivi penali** della scuola positiva

POLITICA CRIMINALE E DIRITTO PENALE

– il diritto penale è costituito
  1) dalle **conseguenze sanzionatorie** che seguono alla commissione di un reato
     - diritto penale come arma a doppio taglio: tutela i beni giuridici attraverso la lesione di beni giuridici
  2) dalle regole che disciplinano i **presupposti della responsabilità penale**
     - diritto penale come limite alla politica criminale

→ diritto penale come ***Magna Charta* del reo** (Franz Von Liszt)
  - assicura all'autore del reato **garanzie** su due versanti
  1) gli garantisce che non sarà punito se non nel rispetto delle regole previste dall'ordinamento
     - **tutela dagli abusi del potere punitivo**
  2) lo tutela da arbitrarie forme di vendetta privata attuate dalla vittima o da altri per essa, dal momento che la potestà punitiva spetta allo stato
     - **tutela dagli abusi dell'autodifesa privata**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

POLITICA CRIMINALE E DOGMATICA PENALE

- a lungo l'approccio del **tecnicismo giuridico** ha tenuto lontano da qualsiasi considerazione di politica criminale i giuristi
  - sfocia nella **dogmatica penale**
    - dovevano limitarsi a fare opera di ricognizione della disciplina normativa e di sistematizzazione della materia, senza interrogarsi sull'efficacia della disciplina rispetto agli scopi perseguiti
    - non potevano valutare criticamente la disciplina esistente e proporre nuovi assetti in contrasto alla criminalità

→ divaricazione tra **analisi giuridica** e **politica criminale**
- porta a un forte sviluppo della dogmatica che ha elaborato le varie categorie giuridiche, costruzioni teoriche molto raffinate, ma spesso lontane dalle concrete esigenze di tutela e di funzionamento del sistema penale

- solo dagli **anni '60** il diritto penale ha cominciato nuovamente a riflettere anche in termini di politica criminale
  - **ridimensionamento della prospettiva dogmatica**

LIMITI AL LEGISLATORE PENALE

LA SCELTA DI INCRIMINAZIONE NEL QUADRO DELLE NORME COSTITUZIONALI

- la politica criminale non interviene solo sulla **predisposizione di mezzi**, ma anche sulla **definizione dell'oggetto** dell'intervento penale
- il nostro ordinamento accoglie una **definizione formale** di reato:
  "*costituisce reato solo quel fatto per il quale la **legge** prevede come conseguenza sanzionatoria una pena*"
  N.B. una volta che sia garantito il **rispetto della riserva di legge**, il legislatore è libero di qualificare qualsiasi fatto come reato?
  - i primi a interrogarsi sui limiti per il legislatore nel ricorrere al diritto penale sono stati gli **illuministi**:
    1) valorizzano l'importanza della **riserva di legge**: solo la legge (espressione della volontà popolare) può prevedere le condizioni per limitare o privare della libertà personale i consociati
    2) sostengono la distinzione tra **reato** e **peccato**, tra infrazione giuridica e violazione di un precetto penale

    → non bastava più assicurare le **garanzie formale** della **legalità**
    - definite da fonti sulla produzione delle norme del diritto penale

    bisognava affiancare **garanzie sostanziali** di limitazione dell'esercizio del **potere ci criminalizzazione**
    - limiti prenormativi oggi presenti nella costituzione
- esempi di principi costituzionali espressamente dedicati alla materia penale
  - art. **25** principio di legalità, riferito alle misure di sicurezza

    "*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.*
    Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.
    Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge."

  - art. **27** principio della responsabilità penale personale, limiti per il contenuto delle pene e finalismo

    "La responsabilità penale è personale.
    L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.
    Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.
    Non è ammessa la pena di morte."
  - art. **13** libertà personale e condizioni per la sua limitazione
  - art. **2** riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo
- **impronta personalistica** riguardo le fattispecie presenti e le esigenze di tutela
  - es. sentenza della corte prima della l. 194/1978 con cui dichiarava legittimo l'aborto terapeutico, con un'interpretazione estensiva dello scriminante dello stato di necessità, facendo prevalere l'interesse alla salute psico-fisica della madre *che è già persona,* sulla salvaguardia dell'embrione *che persona ancora non è*
  - es. introduzione di nuove fattispecie di reato che hanno attribuito rilevanza penale alle nuove forme di riduzione in schiavitù, garantendo una tutela più ampia ai diritti inviolabili della persona
- categorie di limiti di ordine costituzionale alle scelte di politica criminale
  1) **divieti** di incriminazione
  2) **limiti** di incriminazione
  3) **obblighi** di incriminazione

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

DIVIETI DI INCRIMINAZIONE

└al legislatore è fatto divieto di incriminare **condotte che costituiscono esercizio di diritti e libertà costituzionali**, il cui esercizio non può costituire reato in forza dei **principi di non contraddizione** di **gerarchia delle fonti**

– i divieti si rivolgono

1) al **legislatore**: non può prevedere fatti che integrano l'esercizio di diritti e di libertà
2) all'**interprete**: deve interpretare le norme penali in modo da salvaguardare l'esercizio degli stessi, o sollevare la questione di legittimità costituzionale
   └**N.B.** tessuto normativo penale formatosi durante fascismo, che aveva soppresso libertà poi riconosciute

→ **sentenze adeguatrici** che portano a **ridefinire l'ambito di applicazione** delle norme penali in modo da salvaguardare la libertà individuale

♦ delitto di **istigazione a delinquere** (art. 414)
   └sent. (interpretativa di rigetto) 65/1970: per rispettare l'art. 21 cost, l'apologia punibile è solo quella che per le sue modalità integri un comportamento concretamente idoneo a provocare la commissione di delitti

→ **dichiarazioni di illegittimità costituzionale** nei casi in cui il raffronto tra norma penale e costituzionale non lasci spazio a interpretazioni costituzionalmente orientate della prima al contenuto della seconda

♦ delitto di **serrata e di sciopero** per fini contrattuali (art. 502)
   └sent. 29/1960 ha dichiarato illegittimo l'art. 502 per contrasto con gli artt. 39 e 40 cost., che riconoscono rispettivamente la libertà sindacale e il diritto di sciopero

– un divieto di incriminazione di **carattere generale** deriva dalla necessità di rispettare il **principio di uguaglianza**

♦ delitto di **adulterio** e **concubinato**(artt. 559 e 560)
   └sent. 126/68 e sent. 147/69 hanno dichiarato illegittimi gli artt. 559 e 560 per violazione del principio di uguaglianza tra coniugi (ex art. 29 cost) dal momento che era previsto che
   a)la moglie fedifraga venisse punita anche se avesse commesso un solo atto di tradimento e in misura più grave in caso di relazione adulterina
   b)il marito venisse punito solo se avuto una relazione con la propria concubina e solo se la stessa abitasse all'interno della casa coniugale o "notoriamente altrove"
   → se era una relazione occasionale o accuratamente celata, la moglie tradita non aveva alcuna possibilità di tutelarsi presentando querela nei suoi confronti

♦ **aggravante della clandestinità**
   └la corte ha ravvisato la violazione dell'art. 3 nella previsione di una pena più elevata per qualsiasi reato, se il fatto fosse stato commesso da una persona illegalmente presente sul territorio italiano, dal momento che il disvalore del reato non cambia in ragione dello *status civitatis* del soggetto che lo ha commesso

LIMITI DI INCRIMINAZIONE

1) principi di **determinatezza**
2) principio di **materialità**
3) principio di **offensività**
4) principio di **proporzionalità**
5) principio di **sussidiarietà**
6) principio di **efficacia della tutela penale**
7) principio di **colpevolezza**

– **principi dimostrativi**: consentono alla corte di dichiarare l'illegittimità della norma in contrasto con questi
♦principi di determinatezza e materialità

– **principi argomentativi**: consistono in indirizzi di politica criminale, che si rivolgono al legislatore e che non consentono di per sé una dichiarazione di illegittimità delle norme che non li rispettano
♦principi di proporzione e di sussidiarietà

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA (o precisione)

è necessario che la legge **descriva in modo sufficientemente preciso** le norme penali

art. **1** cp: "*nessuno può essere punito per un fatto che non sia **espressamente** preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*"

- **sotto-principio** del principio di **legalità**:
  - assicura ai consociati la garanzia di libere sfere d'azione dal potere punitivo statale

  ex art. **25** cost c2°: "*nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*"

  ex art. **2** cp: "*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*"

  ex art**. 7** CEDU

→ la corte ha affermato che la garanzia costituzionale impone al legislatore di **descrivere fatti chiari e precisi**

→ la CEDU ha affermato che sia un diritto fondamentale che le norme siano **accessibili** e che sia **prevedibile** il contenuto delle conseguenze sanzionatorie, che derivano dalla loro trasgressione

- **garanzia sostanziale** del principio di **legalità**:
  - la **riserva di legge** è una garanzia solo formale (rispetto della fonte)
  - la determinatezza è un **limite di contenuto** nella formulazione delle norme penali
  - la corte ha rintracciato un ulteriore profilo della determinatezza: il legislatore deve prevedere come reato fatti che corrispondano a **situazioni riscontrabili nella realtà**
    - richiesto il collegamento della fattispecie incriminatrice alla realtà criminologica sottostante (inibita l'incriminazione di situazioni non avverabili)

PRINCIPIO DI MATERIALITA'

il legislatore deve incriminare solo **comportamenti umani esteriormente percepibili**

- principio alla base: *cogitationis poenam nemo patitur*
  - risale ai Giusnaturalisti: distinzione tra **peccato e pena**
  - coscienza del soggetto non può essere sindacata dall'autorità giudiziaria
- fondamento: art. **25** cost c.2°, con il riferimento al *fatto commesso*
  - condotta esteriormente percepibile
- sono **compatibili** con tale principio i **reati omissivi**:

  la condotta omissiva assume carattere normativo in quanto mancata realizzazione di una condotta da tenere
- sono **incompatibili** con tale principio le correnti del

  -diritto penale della volontà: il diritto penale deve intervenire per punire le "volontà cattive"
  - incentra il disvalore della fattispecie non sulla condotta dell'autore, ma sul suo elemento soggettivo
  - propone di equiparare la pena per il delitto tentato a quella del delitto consumato
    - in entrambi è identica la volontà di trasgredire la norma penale

  -diritto penale della pericolosità: punisce l'autore pericoloso
  - condotta di vita appare sintomatica del rischio di commissione reati

PRINCIPIO DI OFFENSIVITA'

la pena deve essere rivolta solo nei confronti di **fatti offensivi di beni giuridici**

- la Corte ha evidenziato il **duplice profilo** di tale principio
  a) previsione normativa: **lesività in astratto**
     - limite per il legislatore nell'individuazione di interessi meritevoli di tutela
  b) applicazione giudiziale: **lesività in concreto**
     - compito del giudice accertare se il fatto lede effettivamente l'interesse tutelato

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

ORIGINI DEL BENE GIURIDICO

- **Illuministi** evidenziano la necessità di limitare la potestà punitiva ai **soli fatti dannosi per la società**
- nell'800 **Birnbaum** (giurista tedesco) elabora idea che il reato debba costituire un **fatto lesivo di beni giuridici**
  bene giuridico deve avere **2 caratteristiche**:
  1) deve costituire un'entità **pre-normativa**: il legislatore non la crea, ma la trova già nel contesto sociale
     - corrispondere ad interessi che la convivenza associata ritiene meritevoli di protezione
  2) deve presentare il requisito dell'**offendibilità**: deve poter essere offeso da una condotta

→ nella concezione di Birnbaum la categoria del bene giuridico doveva svolgere una **funzione critica** nei confronti della discrezionalità del legislatore nelle scelte di incriminazione

- **N.B.** questa ***funzione di limite*** era molto blanda per l'elasticità dei criteri di identificazione del bene giuridico, ma il legislatore non veniva più reputato libero di considerare reato una qualsiasi condotta
- accanto alla funzione di critica, la dottrina riconosce al bene giuridico anche
  - la **funzione sistematica**: consente di raggruppare le fattispecie attorno ad oggetti giuridici di categoria
    - es. delitti ripartiti nel libro II in titoli in ragione del bene giuridico tutelato
  - la **funzione dogmatica**: strumento di interpretazione di singole norme

LA CRISI DEL BENE GIURIDICO

- la **scuola di Kiel** (corrente dottrinale più vicina al nazionalsocialismo) considerò il bene giuridico come **espressione dello stato liberale**, in quanto poneva limiti all'intervento dello stato
  - incompatibile con idea nazionalsocialista dello stato forte libero di intervenire in qualsiasi campo
- reato inteso come **violazione di un dovere di obbedienza**
  - il suo disvalore sta nell'aver violato l'**obbligo di fedeltà** allo stato
  - in questo poteva assumere qualsiasi contenuto
- **N.B.** questa impostazione teorica si accordava anche con il **diritto penale della volontà**: l'obbligo di obbedienza è già violato in presenza della semplice volontà di trasgredire l'ordinamento

→ impostazione dogmatica congeniale al totalitarismo nazista, che si permise le più arbitrarie scelte di intervento penale

LA RISCOPERTA DELL'IMPORTANZA DEL BENE GIURIDICO

- negli anni '60 **rivitalizzato il dibattito** sul reato come fatto offensivo di un bene giuridico, in concomitanza con la riflessione sulla libertà del legislatore
  - in particolare discussione sui limiti dell'intervento penale nell'**ambito dei rapporti sessuali**

♦ il codice penale tedesco del '66 afferma che *le pene e le misure di sicurezza servono alla tutela di beni giuridici*
1) individuando come fondamento giustificativo dell'intervento penale la categoria di bene giuridico
2) escludendo la rilevanza penale dei **rapporti omosessuali tra adulti consenzienti**
   - condotte non offensive di interessi della collettività

- per l'incerta nozione di bene giuridico però, il suo richiamo non riusciva però a svolgere un'efficace funzione di limite alle scelte del legislatore

LA TEORIA DEI BENI GIURIDICI COSTITUZIONALI di Franco Bricola

- tentativo più articolato di vincolare in **termini giuridici** la nozione di bene giuridico, per dargli effettiva **potenzialità critica**

- presupposto di partenza: la sanzione penale incide direttamente (pene detentive) o indirettamente (pene pecuniarie) sulla **libertà personale**
  - la costituzione **ex art. 13** la dichiara inviolabile

→ conclusione: **rilevanza costituzionale dei beni tutelati** dal diritto penale che giustifica il ricorso alla sanzione
- spetta ai beni espressamente enunciati in costituzione
- desunti o presupposti dalle disposizioni (impliciti)

- importanza della tesi di Bricola: principio di offensività in astratto come principio dimostrativo in grado di fondare un giudizio di legittimità sulle scelte di incriminazione del legislatore

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- critiche alla tesi di Bricola da parte della maggioranza della dottrina italiana:
  - rischio di dirigismo nei confronti del legislatore da parte di un testo costituzionale che rischia di essere obsoleto di fronte le nuove esigenze di tutela
  - tutela penale troppo selettiva o poco vincolante
- **N.B.** nonostante la mancata accoglienza della teoria dei beni giuridici costituzionali, è stato individuato il **fondamento costituzionale** del principio di offensività in astratto attraverso l'interpretazione sistematica degli artt. **25** c.2,3: "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del **fatto commesso*.***
  Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge."
  e art. **27** c.3: "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*"
  *inteso come **fatto offensivo,** perché solo in questo modo si evita che la pena scivoli verso i poli opposti della retribuzione della disobbedienza o della prevenzione della pericolosità sociale

LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

- la corte ha riconosciuto al principio di offensività in astratto il valore di "**limite di rango costituzionale** alla discrezionalità del legislatore"
  └fondato sull'art. 25 c.2
- ♦ sent. 189/97: dichiarazione di illegittimità della l. 1085/29 che puniva l'**esposizione senza autorizzazione una bandiera straniera**
  └basandosi sul principio di offensività, è giunta alla conclusione che la fattispecie fosse svincolata da qualsiasi bene giuridico e che nel nuovo ordinamento democratico fosse venuta meno ogni possibile giustificazione del divieto
- in altri casi il principio di offensività si è espresso attraverso il **principio di ragionevolezza**:
  una fattispecie non offensiva di alcun bene giuridico è **irragionevole** (e in quanto tale, viola l'art. **3**: principio di uguaglianza che impone discriminazioni irrazionali o irragionevoli)
- ♦ sent. 519/95: dichiarazione di illegittimità dell'art. **670**cp sul reato di **mendicità non invasiva**
  └basandosi sul principio di ragionevolezza, ha chiarito che il bene giuridico della tranquillità e dell'ordine pubblico in alcun modo vengono posti in pericolo da semplici richieste di aiuto

DIRITTO PENALE D'AUTORE

└rilevano non i fatti offensivi, ma le condizioni e le qualità personali dell'autore del fatto

- **N.B.** il riconoscimento del principio di offensività in astratto ha **escluso la legittimità** di questa tipologia di diritto penale
- ♦ sent. 354/2002: dichiarazione di illegittimità dell'art. **688** c.2 che puniva con arresto da 3 a 6 mesi chi veniva colto **in stato di ubriachezza in luogo pubblico/aperto al pubblico** solo se il fatto era commesso da chi fosse già stato condannato per delitto non colposo contro la vita/incolumità delle persone
  - **N.B.** il c.1 che puniva l'autonoma fattispecie di reato di essere colti in stato di ubriachezza in luogo pubblico o aperto al pubblico era già stato depenalizzato anni prima
  - dal momento che il precedente penale qui in rilievo è privo di una correlazione necessaria con lo stato di ubriachezza, la norma incriminatrice punisce non tanto l'ubriachezza in sé, ma una qualità del soggetto
- ♦ sent. 249/2010: dichiarazione illegittimità della circostanza aggravante della clandestinità

DIRITTO PENALE E MORALE

- il principio di offensività **fonda la distinzione** tra diritto penale e morale
  └consente anche di escludere la rilevanza penale di condotte che possono essere oggetto di disapprovazione morale, ma che non offendono interessi di terzi e che appartengono a insindacabili scelte individuali
- **N.B.** i precetti del diritto penale non possono essere fondati sui precetti della morale in ragione
  1) del pluralismo delle nostre società contemporanee
  2) del principio di laicità dello stato (definito dalla corte principio supremo dell'ordinamento)
- ♦ ritrazione del diritto penale dai comportamenti che attengono alla **morale sessuale** (condotte omosessuali e prostituzione da parte di maggiorenni)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- ♦ reinterpretazione subita dalla **nozione di atti osceni**, come atti che offendono il comune senso del pudore
  - contenuto diverso in relazione al contesto culturale considerato, oggi considerati punibili solo quando gli atti sono destinati a raggiungere la **percezione della collettività** e ad offendere il suo **senso del pudore**
  - non può riconoscersi tale **capacità offensiva** ad atti che, pur avendo in sé un significato osceno, si esauriscono nella sfera privata o destinati ad altre persone con però la necessaria riservatezza, in modo da prevenire l'offesa al pudore di terzi non consenzienti
- ♦ esempio però di infiltrazione della morale: **delitto di pornografia virtuale** (art. **600**quater)
  - sono immagini che sembrano vere ma le situazioni non sono reali
  - sembra una sanzione penale contro condotte immorali più che nell'interesse allo sviluppo psico-fisico della sessualità del minore, che non risulta per niente compromessa trattandosi di immagini non reali

LIBERALISMO E PATERNALISMO PENALE

due visioni opposte del diritto penale sorte nella attuale società pluralista e multiculturale, che porta a un **relativismo della percezione del disvalore** di alcuni fatti

- LIBERALISMO: l'ordinamento deve garantire sfere di libertà individuale in relazione a quelle condotte che non producono danno a terzi
- PATERNALISMO: il diritto penale deve tutelare i beni giuridici anche rispetto alle condotte autolesive che i loro titolari liberamente decidessero di tenere
  - la tutela penale diventa in questo modo uno strumento coercitivo di limitazione delle scelte individuali
- nei sistemi di *common law* la riflessione su questi due modelli di diritto penale non ha al centro il bene giuridico (categoria sconosciuta) ma l'*harm principle*
  - il diritto penale può solo vietare condotte che producono danno a terzi

- ♦ in chiava paternalistica si è espressa la corte con la sent. 141/2019 in relazione ai **delitti di reclutamento, tolleranza e favoreggiamento della prostituzione**
  - questione di legittimità della **legge Merlin** (l. 75/1958) nella parte in cui venivano punite anche le condotte in cui la prostituzione era volontariamente e consapevolmente esercitata
  - pur riconoscendo che la sessualità è un mezzo di espressione della propria personalità, si ritiene che la prostituzione sia da intendere soprattutto come **attività economica** e che il confine tra decisione autenticamente libere e quelle che non lo sono, sia difficile
    - l'esposizione ai pericoli fa dubitare che la scelta pur inizialmente libera e consapevole, possa mantenersi tale
  - la prostituzione volontariamente svolta non esclude mai l'illiceità delle condotte di reclutamento e favoreggiamento della stessa, a favore della tutela della **dignità umana**

  → è il legislatore a ravvisare nella prostituzione, anche volontaria, un'attività che **degrada e svilisce l'individuo** in quanto riduce il corpo dell'individuo a merce

BENI FINALI E BENI STRUMENTALI

sono beni la cui tutela è finalizzata a garantire **beni finali** ulteriori che rimangono sullo sfondo della tutela

- ♦ **disciplina antinfortunistica**: previste contravvenzioni che incriminano il fatto stesso di non tenere a norma dispositivi contro gli infortuni e le malattie professionali, mentre ricadono nei delitti di omicidio e lesioni personali i casi di eventi infausti per mancato funzionamento dei dispositivi di prevenzione
  - le contravvenzioni sono poste a **tutela degli impianti**, bene strumentale rispetto alla tutela del bene finale che è **l'incolumità fisica dei lavoratori**

RAPPORTO TRA OFFENSIVITA' IN ASTRATTO E IN CONCRETO

- **N.B.** appurato che la norma sia posto a tutela di un bene giuridico, spetta all'interprete applicare la norma penale solo in relazione a fatti che siano in concreto offensivi del bene giuridico tutelato
- ♦ in caso di furto di un bene privo di valore patrimoniale, il giudice deve concludere per la non punibilità del fatto
  - come il legislatore non può prevedere reati che non siano posti a tutela di beni giuridici meritevoli di tutela, così il giudice non può infliggere pene per fatti che in concreto non presentano contenuto offensivo
- **N.B.** a volte la corte salva una norma, indiziata di non rispettare il principio di offensività in astratto, sostenendo che sussiste il bene giuridico tutelato, ma spetta al giudice accertare in concreto se vi sia stata lesione

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

♦ sent. 141/2019 in cui la corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità sollevata riguardo la contravvenzione di **possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli**, che punisce chiunque sia stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro o contro il patrimonio
  - per il giudice a quo la fattispecie non rispettava il principio di non offensività andando ad incriminare solo uno stato di sospetto
  - per la corte la fattispecie non esprime un diritto penale d'autore, ma mira a salvaguardare il patrimonio rispetto a situazioni di concreto pericolo che spetta al giudice identificare

I PRINCIPI GENERALI

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA' o di meritevolezza della pena

└è necessario che per la tutela del bene appaia proporzionato il ricorso alla sanzione penale, che incide direttamente o non indirettamente, sulla libertà personale

– **NB** tale principio costituisce un **criterio generale** di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da perseguire
– nel giudizio di meritevolezza della reazione penale va considerata la proporzionalità rispetto:
  1) al **tipo di bene** offeso
  2) alle **modalità di aggressione** allo stesso

→ la lesione di un bene più importante giustifica una sanzione più elevata

– il **fondamento costituzionale** lo troviamo nell'interpretazione sistematica di alcune norme della costituzione:
  a) art. 13: proclama il carattere inviolabile della libertà personale
     └giustifica il ricorso alla sanzione penale solo a tutela di beni di un certo rilievo che appaiano meritevoli di più intensa protezione
  b) art. 27.3: funzione rieducativa della pena presuppone il rispetto del principio di proporzione
     └se la sanzione penale fosse prevista per beni o modalità offensive non meritevoli di giustificare il sacrificio della libertà personale, andrebbe a pregiudicare fin dall'inizio la sua funzione educativa (in quanto si configurerebbe come un intervento arbitrario)
  c) art. 3 (principio di ragionevolezza)

La teoria di Bricola vuole impedire un uso arbitrario del diritto penale. Serve un collegamento costituzionale, diretto o indiretto (attraverso i principi costituzionali) per rendere legittima la criminalizzazione. In questo modo si tutela il principio di legalità e proporzionalità.

– quando un bene può essere considerato meritevole di tutela penale?
  - **teoria dei beni giuridici costituzionali** di Bricola voleva garantire una base normativa al giudizio di meritev.
    solo i beni con copertura, diretta o indiretta nella costituzione, possono essere assunti ad oggetto della tutela
    nonostante i limiti di tale teoria, non viene meno l'importanza dell'apporto delle norme costituzionali nel fondare le esigenze di criminalizzazione
  - **teoria liberale del bene giuridico** secondo la quale i beni non sono costruiti artificialmente dal legislatore, ma costituiscono realtà prenormative delle quali il legislatore prende atto

    → conseguenze:
    1) i beni giuridici vengono considerati tali alla luce dei rapporti sociali
       - importante considerazione del consenso sociale nell'incriminazione di una condotta
       - al legislatore spetta comunque il ruolo di filtro delle istanze punitive della società: deve razionalizzarle e non soddisfare meramente i bisogni punitivi della società
       - i principi costituzionali svolgono una funzione di limite alle istanze repressive (*art. 27.3)*
    2) delegittimazione del **diritto penale promozionale**: il legislatore non poterebbe, cioè, inculcare tramite la sanzione penale il rispetto di valori nei quali la comunità non crede

PRINICIPIO DI SUSSIDIARIETA'

└consiste nella necessità che risultino inefficaci altri strumenti di tutela meno afflittivi, per avere un effettivo bisogno della sanzione penale

– è legato alla natura di *extrema ratio* del diritto penale
  riconosciuta dalla stessa corte costituzionale:

"il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento, l'extrema ratio, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato"

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- fondamento costituzionale identico a quello del principio di proporzionalità
- **NB** il principio di meritevolezza e di bisogno della pena operano come **direttrici di politica criminale per il** legislatore

→ questi principi si riflettono nel principio di "**frammentarietà**": il diritto penale viene definito un ***diritto puntiforme***, che attua la garanzia solo nei vuoti di *sufficiente* tutela
  └ questo si traduce nell'esigenza di **determinatezza** delle norme incriminatrici
    motivo per cui si dice che il reato sia un *illecito di modalità di lesione*

PRINCIPIO DI EFFICACIA DELLA TUTELA

└ solo un diritto penale efficace in termini di scopo è in grado di giustificare il sacrificio della libertà personale a tutela del bene

- stesso fondamento costituzionale dei principi di proporzionalità e sussidiarietà
- **NB** il legislatore spesso disattende il rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, e ancor più spesso non valuta l'efficacia dello strumento penale a tutela del bene giuridico
  └ ▶ frequenti sanzioni penali che fanno clamore senza risolvere alcunchè

♦ reato di **immigrazione clandestina** testimonia in modo emblematico l'inefficacia del ricorso al diritto penale:
  - la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare non ha tutelato la regolarità dei flussi migratori, ma è stata solo finalizzata a veicolare un messaggio simbolico di rassicurazione collettiva sulle capacità del governo di affrontare il problema
  - ha solo fomentato il clima di intolleranza
  - del tutto deprecabile è stata la scelta di non dare attuazione alla l. 67/2014 che aveva delegato il governo a depenalizzare tale reato

OBBLIGHI DI TUTELA PENALE

OBBLIGHI COSTITUZIONALMENTE ESPRESSI

- art. 13.4 che prevede che sia *punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà* devono costituire reato
  └ **NB** questa norma è stata a lungo considerata come fondante un vincolo costituzionale di previsione del **reato di tortura** (nonostante la ratifica della convenzione dell'ONU) e l'inerzia del legislatore ad eliminare tale fattispecie è costata all'Italia una condanna da parte della CEDU, che considerò il nostro ordinamento del tutto inadeguato a reprimere i fatti di tortura consumati dalle forze di polizia a danno dei manifestanti della scuola Diaz e nella caserma Bolzaneto in occasione del G8 di Genova

OBBLIGHI COSTITUZIONALI IMPLICITI

└ non sono presenti nella costituzione, la quale può porre divieti di incriminazione, può giustificare la previsione di sanzioni penali, ma non può obbligare alla tutela penale

- fondamento: la meritevolezza della tutela penale, anche qualora sia fondata sulle norme costituzionali, non può mai imporre la tutela penale **perché spetta al legislatore vagliare la legittimità del ricorso al diritto penale** in forza dei criteri di sussidiarietà e di efficacia della tutela

♦ il riconoscimento del rango costituzionale della vita prenatale non potrebbe imporre una tutela penale della stessa attraverso l'incriminazione di ogni ipotesi di interruzione consensuale della gravidanza
  └ la meritevolezza della tutela del feto deve tenere conto del contrapposto interesse ad una maternità responsabile e dei limiti di efficacia dell'incriminazione dell'aborto (la cui legge ha permesso di regolare gli aborti illegali, andando a vantaggio della tutela del feto e della salute della madre)

OBBLIGHI SOVRANAZIONALI DI INCRIMINAZIONE

└ che possono derivare da fonti dell'UE, da fonti convenzionali come la CEDU

- si traducono in un vincolo di ordine costituzionale ex art. 117 ("*la potestà legislativa è esercitata dallo stato e dalle regioni nel rispetto della costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*"

→ la mancata attuazione di una norma sovranazionale vincolante per l'Italia si traduce nel mancato rispetto dell'art. 117, dal momento che le normi internazionali diventano *norme interposte*

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **NB** l'obbligo internazionale si traduce in un obbligo costituzionale, a condizione che gli obblighi di incriminazione rispettino i principi generali dell'ordinamento costituzionale (*contro-limiti*)
- la riflessione sui vincoli sovranazionali di incriminazione permette di evidenziare l'attuale **metamorfosi della funzione del bene giuridico**:
  - è una categoria che fonda la tendenza espansiva del diritto penale, sollecitata dall'introduzione di fattispecie di reato da parte delle fonti internazionali, finalizzate a tutelare nuovi beni giuridici o nuove modalità di offesa
  - es. dichiarazione dei diritti umani assunti prima come garanzia di limitazione del potere punitivo, poi come specifico oggetto di tutela penale (come la *dignità umana)*

IL PRINICPIO DI COLPEVOLEZZA

esprime il rifiuto di fondare la responsabilità penale su basi esclusivamente oggettive e richiede anche un'**imputazione soggettiva**, che la corte costituzionale (nella sent. 364/1988) ha considerato imprescindibile per garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale (art 27.1)

→ **limiti per il legislatore**

1) il dolo o la colpa devono investire gli elementi più significativi della fattispecie incriminatrice, poiché solo l'imputazione soggettiva evita che sia chiamato a rispondere penalmente di un fatto colui al quale non può essere mosso soggettivamente alcun rimprovero
   - **limite di politica criminale:** il legislatore non **può prevedere forme di imputazione oggettiva** del fatto
2) la legge penale deve essere **conoscibile** da parte dei consociati ed il legislatore deve attivarsi per fare in modo che essi ne conoscano il contenuto
   - **limite alle scelte di incriminazione**: principio di determinatezza della norma penale e della prevedibilità del loro contenuto

TENDENZE IN ATTO DELLA LEGISLAZIONE PENALE

L'IPERTROFIA DEL DIRITTO PENALE

Ipertrofia del diritto penale, nel senso che l'uso eccessivo del diritto penale compromette l'obbligatorietà dell'azione penale. Svuota di senso la legalità penale perché molti reati rimangono sulla carta. Crea ingiustizia e disuguaglianza, non tutti sono puniti in modo eguale.

allargamento dell'orizzonte di scopo entro il quale devono essere collocate le scelte del legislatore in materia penale (espansività del ricorso alla sanzione penale)

- si traduce *negativamente* sul piano processuale perché va a compromettere la tenuta del **principio di obbligatorietà dell'azione penale** (art. 112 cost), completamento del principio di legalità sostanziale:
  - la garanzia viene vanificata se il **continuo ampliamento della sfera penale** rende impossibile l'avvio dei procedimenti penali per tutte le notizie di reato pervenute all'autorità giudiziaria, con inevitabile prescrizione di alcuni reati

→ l'efficacia della repressione penale passa, dunque, attraverso

1) la stretta verifica dei principi di offensività, sussidiarietà ed efficacia della tutela penale che si crei un **eccessivo carico processuale**
2) una rigorosa selezione dei fatti ritenuti meritevoli in astratto di pena
   - scelta che va fatta attraverso il filtro della **depenalizzazione dei reati bagatellari**, cioè le fattispecie che già a una valutazione astratta costituiscono fatti marginali per via della scarsa rilevanza del bene giuridico offeso o per la modalità di aggressione (*bagatella: scarsa importanza*)
     per questi ultimi reati può essere sufficiente l'intervento di una sanzione di natura diversa

♦ un intervento di questo tipo è stato fatto con la l. 689/1981, che ha operato un'ampia **depenalizzazione dei rati minori**
   - trasformazione dei delitti e contravvenzioni puniti con la sola multa o ammenda in illeciti amministrativi
     + conferimento all'*illecito depenalizzato-ammnistrativo* di una serie di garanzie modellate su quelle penali (riserva di legge, irretroattività, requisiti di struttura, regole di disciplina e procedurali di accertamento..)

♦ l. 205/1999 ha proseguito la strada della depenalizzazione, che ha ulteriormente sfoltito il sistema penale di altre fattispecie minori

♦ l. 67/2014 delega al governo che ha avviato un'altra opera di depenalizzazione in due direzioni:

a) depenalizzazione di alcuni reati puniti con la pena pecuniaria, trasformati in illeciti ammnistrativi e trasformazione di alcuni reati (ingiuria, falsità in scrittura privata, delitti minori contro il patrimonio) in illeciti civili, a cui consegue oltre il risarcimento del danno, anche una sanzione pecuniaria civile (che va alla *Cassa delle ammende, non al danneggiato*), la cui natura è quindi spiccatamente punitiva

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) introduzione degli **istituti di depenalizzazione in concreto:** casi in cui, pur non venendo meno la fattispecie di reato, la legge esclude la punibilità in presenza di alcune condizioni che tengono conto della particolare tenuità del fatto (es. art. 131bis) o del buon esito della messa alla prova del soggetto
le *cause di non punibilità* riducono il numero dei processi penali finalizzati ad accertare il fatto, con il notevole vantaggio ad alleggerire il carico e permettere ai giudici di concentrarsi sui fatti più significativi

IL DIRITTO PENALE DELLA PREVENZIONE

tendenza ad anticipare progressivamente le soglie della punibilità

- fondamento: a fronte dei nuovi rischi tecnologici che mettono in pericolo non specifici soggetti, ma settori ampi della collettività, si è ritenuto che il **modello di reato di danno** non assicuri una tutela adeguata del bene, che può **essere salvaguardato solo anticipando l'intervento penale**
- ≠ linee di tendenza della politica criminale:
  a) proliferazione dei **reati di pericolo,** che intervengono in via preventiva a tutela dei beni giuridici
  b) ingresso di **nuovi beni giuridici strumentali** che anticipano l'intervento penale
  c) la riscoperta delle **misure di prevenzione** come strumento per controllare in via preventiva, in assenza di una sentenza di condanna, la pericolosità del soggetto attraverso misure limitative della libertà personale

→ in questo modo viene ampliata la sfera di controllo penale attraverso
1) l'estensione di rilevanza penale
2) l'introduzione di nuovi strumenti *praeter delictum* che sollevano delicati problemi riguardo il rispetto delle garanzie individuali (viene infatti data maggiore attenzione all'autore..)

POPULISMO PENALE

lo sviluppo e l'amplificazione della legislazione penale simbolica

- se per populismo in generale si intende l'**atteggiamento demagogico** volto ad assecondare le aspettative dei consociati attraverso la comunicazione diretta con gli stessi, il populismo penale più nello specifico indica la tendenza ad utilizzare lo strumento penale in chiave di comunicazione politica
suscita e dirige paure collettive con chiara finalità di acquisire consenso elettorale

→ inasprimento irragionevole del sistema sanzionatorio e intervento penale inefficace

- i c.d. *decreti-sicurezza*, che hanno potenziato le misure a tutela dell'ordine pubblico e contro l'immigrazione clandestina attraverso strumenti, oltre che inefficaci a controllare fenomeni di sicurezza e immigrazione, con molteplici profili di incostituzionalità
- altro esempio emblematico è la riforma della legittima difesa del 2019, che falsando la complessità delle vicende della questione, indica obiettivi di intervento che le norme approvate non sono in condizione di perseguire o sono controproducenti

→ non si riesce a mantenere il messaggio mediatico

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA RISERVA DI LEGGE

PRINCIPIO DI LEGALITA' e i suoi sotto principi

└ *i precetti penali devono provenire da una legge emanata da un parlamento democraticamente eletto non più dall'arbitrio di un sovrano assoluto* └ *previa al fatto commesso, chiara e precisa*

- ambito politico istituzionale **illuminista**
  - └ dimensione del *patto sociale*: i cittadini mettono a disposizione dello stato anche la loro libertà personale al fine di garantire la pace sociale, fondata sul rispetto dei beni e interessi fondamentali di tutti
- ambito strettamente **penalistico**

4 corollari:

ratio garanzia
1) **riserva di legge**: idea che i precetti penali siano frutto di un'attività normativa dell'organo elettivo
2) **irretroattività**: non è possibile l'incriminazione ex post di comportamenti che erano leciti)
3) **tassatività**: limitazione dell'ambito di operatività della legge penale ai soli fatti in essa descritti, vietando ogni interpretazione analogica *in malam partem*

ratio certezza
4) **determinatezza** della legge penale: i precetti penali devono essere chiari e precisi, in modo da essere comprensibili da tutti i consociati

- Feuerbach chiarì il nesso imprescindibile tra **finalità general preventiva** della pena e i **sottoprincipi** del principio di legalità
  - └ solo un sistema nel quale i cittadini…
    1) sono messi perfettamente in grado di conoscere i limiti della rilevanza penale dei loro comportamenti
    2) possono percepire adeguatamente la minaccia della pena

…rende efficace la funzione di prevenzione generale, che nella prospettiva liberale, costituisce l'*unica finalità* delle sanzioni penali, legittimando l'intervento penale

→ per questo motivo il principio di legalità (con i suoi corollari) ha un ruolo centrale in ogni sistema penale liberale e democratico
- ├ viene enunciato nella *Petition of rights* (1774) di Philadelfia, nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, nel Code Napoleon del 1810, nello Statuto Albertino
- └ **NB** nella nostra costituzione compare all'art. 25.2:

RISERVA DI LEGGE

└ la materia penale è di esclusiva prerogativa legislativa, con la conseguenza che nessuna fonte subordinata può emanare leggi penali

→ *ratio* di **garanzia di imparzialità e legittimazione**: solo una legge emanata da un parlamento democraticamente eletto tutela i consociati da possibili arbitri del potere politico

→ *ratio* di **certezza**: la legge prevede delle forme di pubblicazione (sulla Gazzetta Ufficiale) che ne permettono la conoscibilità da parte di tutti i consociati

- nella costituzione la rintracciamo all'art. 25.2:

"Nessun può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge"

il 3°c. estende alle misure di sicurezza la riserva di legge, ma non l'irretroattività

- nel codice penale all'art. 1.1:

"Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite"

- nelle Preleggi all'art. 14:

"Le leggi penali […] non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LEGALITA' SOSTANZIALE E LEGALITA' FORMALE

- esperienze di regimi fortemente autoritari del secolo scorso:
  è reato non solo il fatto previsto come tale dalla legge, ma anche:
  a) ciò che va contro sano sentimento del popolo, espresso dal Fuhrer (in Germania)
  b) ciò che offende gli interessi del proletariato (in Unione Sovietica)

→ **legalità formale**: sufficiente che i pubblici poteri abbiano come base giuridica una legge o un atto ad essa equiparato

→ **legalità sostanziale**: la legge non si può limitarsi a costituire il fondamento normativo di una certa disciplina, ma deve altresì contenere una disciplina sufficiente a circoscrivere la discrezionalità dell'amministrazione i limiti alla potestà punitiva sono per evitare qualsiasi deriva formalistica bisogna considerare il combinato disposto degli artt. 25.2 e 101.2 ("*i giudici sono soggetti soltanto alla legge*")
  └ i limiti della potestà punitiva sono rigorosamente individuati dalla legge

CONCETTO DI LEGGE

└ quale *unica fonte* del diritto penale

- riferimento alle leggi costituzionali, ordinarie e decreti governativi in tempo di guerra
- problemi riguardo gli atti aventi forza di legge del governo:

a) parte della dottrina ritiene che la *ratio* di garanzia della riserva di legge non venga menomata dal momento il controllo del parlamento viene svolto *ex post* entro 60 giorni dall'emanazione del decreto legge, *ex ante* nel caso del decreto legislativo, attraverso la previsione dei principi e criteri direttivi

b) altri autori osservano però come
   1) il governo potrebbe abrogare un'ipotesi di reato con un decreto legge, impedendo di punire i fatti commessi durante la sua vigenza (quand'anche non ci fosse la conversione dopo 60 giorni)
   2) la legge delega contenga spesso principi e criteri direttivi molto generici e poco tassativi, tali da lasciare un indebito ed eccessivo margine di discrezionalità al legislatore delegato (sostanziale elusione del controllo preventivo, che garantisce la legittima produzione normativa del governo)

   NB la corte costituzionale è intervenuta in diverse occasioni con riferimento ai decreti legge, affermando che:
   - *non esiste una principio costituzionale che impedisca ai decreti legge di disciplinare la materia penale* (sent. 330/96)
   - successivamente ha ritenuto illegittima la prassi di reiterazione indebita allo scadere di ciascun termine di 60 giorni

- riguardo le **leggi regionali:**
  a) in passato la dottrina ha sempre escluso che le leggi potessero introdurre nuove fattispecie incriminatrici, sulla base di alcuni principi costituzionali
     - art. 3: sarebbe irragionevole pensare che un medesimo comportamento fosse lecito in una regione e sanzionato in un'altra
     - art. 120: impedisce alle regioni di emanare provvedimenti (quali sarebbe una legge penale incriminatrice) che ostacolino la libera circolazione della persone tra le regioni

     la giurisprudenza costituzionale, con la sent. 487/1989, aveva dichiarato:
     1) l'illegittimità costituzionale di una legge della regione Sicilia che dettava un più favorevole regime in materia di estinzione del reato, in riferimento ad alcune contravvenzioni urbanistiche
     2) la criminalizzazione comporta una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società, e tale scelta non può essere realizzata dai consigli regionali per la mancanza di una visione generale

     il nuovo testo dell'art. 117 ha previsto che l'ordinamento penale sia materia di esclusiva competenza
  b) oggi però viene riconosciuto un limitatissimo e indiretto ambito di intervento in materia penale quanto agli elementi normativi della fattispecie penale e di incidere sull'ambito delle cause di giustificazione
     questo in particolare alle regioni di a statuto speciale lo stato può prevedere una sanzione penale per l'applicazione di una legge regionale
  c) è possibile che una legge dello stato munisca di tutela penale una legge regionale
     - non si pone alcun problema se la legge regionale già esiste
     - se invece la legge regionale non è ancora stata emanata, la definizione complessiva del precetto penale sarebbe totalmente rimessa alla regione (non rispetto effettivo degli artt. 25, 117..)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONSUETUDINE

└modo consueto ed abituale di operare, che ingenera nei cittadini la convinzione della sua corrispondenza a una norma giuridica

- in ambito civile hanno grande spazio, mentre in materia penale ci sono problemi più complessi per via del principio di riserva di legge
- **tipologie di consuetudine** in materia penale:
  a) **consuetudine incriminatrice**:
     non vi è alcuno spazio per essa ai sensi dell'art. 25: l'introduzione di un precetto penale non può derivare dall'idea che un certo comportamento sia per generale convinzione ritenuto criminoso
  b) **consuetudine abrogatrice**:
     anche questa non è ammessa: quando una norma penale resta anche per molto tempo del tutto disapplicata, ciò non significa che sia stata implicitamente abrogata
  c) **consuetudine integratrice:**
     viene esclusa anche questa ipotesi: estendendo l'ambito di operatività della fattispecie incriminatrice oltre i rigorosi limiti imposti dalla legge, si creerebbe un contrasto con la *ratio* di garanzia della riserva di legge

  ♦ la corte costituzionale si è espressa sul rapporto tra rispetto dei diritti fondamentali e consuetudini di carattere religioso e culturale che non possono incidere sulla rilevanza penale del fatto, in un caso di maltrattamenti e lesioni aggravate da parte di un padre (musulmano) che percuoteva la figlia per non aver perfettamente ripetuto a memoria i versi del Corano, e che si difendeva facendo riferimento alle proprie radici religiose

  → **NB** l'esclusione della consuetudine integratrice non deve essere confusa con la rilevanza che il diritto penale deve attribuire al ***sentire sociale*** in materia di **elementi normativi di carattere extra giuridico**:
  └interpretazione di concetti normativi di carattere sociale necessariamente elastici in modo adeguato alla percezione sociale che ne ha il cittadino

  ♦ termini "*osceno" o "pudore"* rilevanti ai sensi del delitto di osceni in luogo pubblico: si tratta di concetti che variano a seconda dei periodi e delle epoche storiche: ciò che veniva ritenuto *offensivo del comune sentimento del pudore* negli anni '50, oggi viene praticato pacificamente senza attribuire a quella condotta la minima rilevanza penale

  ♦ art. 625 cp n.7, che considera come circostanza aggravante il furto di una cosa mobile che *per consuetudine sia esposta alla pubblica fede* (capi di abbigliamento esposti al mercato, macchine per strada)

  d) **consuetudine scriminante**:
     viene escluso che il giudice possa applicare una causa di giustificazione non codificata (ma ritenuta rilevante dai consociati per il suo uso consolidato) per preservare al max. il rispetto del principio di legalità
     ├**NB** parte della dottrina invece la considera rilevante partendo dalla natura non penale della cause di giustificazione, sempre che non si vada a incidere su elementi già esplicitamente disciplinati dalla legge
     └la giurisprudenza però protende per la tesi negativa

     ♦ in tema di riduzione e mantenimento in servitù (art. 600 cp) non è invocabile da coloro che hanno costretto minori all'accattonaggio, la causa di giustificazione dell'esercizio del diritto delle popolazioni zingare di usare i bambini per tale scopo

L'INGRESSO DELLE FONTI SUBORDINATE

RISERVA RELATIVA

- intorno a metà degli anni '90 si ammetteva che la legge penale potesse rinviare per la descrizione di uno o + elementi costitutivi della fattispecie ad una fonte di rango inferiore

→ in questo modo si finiva per snaturare nella sostanza la *ratio* di garanzia del principio in oggetto, dal momento che l'intervento della fonte regolamentare sottraeva al parlamento l'individuazione degli elementi del fatto tipico, incidendo sull'individuazione stessa dei fatti vietati

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

RISERVA ASSOLUTA

– si è consolidata nella giurisprudenza l'idea che tutti gli elementi costitutivi del fatto tipico, e le relative sanzioni, dovessero essere indicati dalla legge

→ una norma penale che contenga per l'individuazione di un elemento della fattispecie o della sanzione, un rinvio a un regolamento, deve essere ritenuta **illegittima**

– **NB** è invece ammesso il c.d. ***rinvio recettizio***:
  quando la legge rinvia a un precedente regolamento, che viene richiamato nel precetto penale, e che l'amministrazione non possa più modificare
    in questo caso l'individuazione degli elementi costitutivi del fatto di reato è comunque rimessa interamente alla legge, anche se *per relationem*

– **NB** non è ammesso invece il c.d. ***rinvio mobile***:
  quando la legge rinvia a un precedente regolamento che l'amministrazione può sempre modificare
    in questo la riserva assoluta viene violata perché una successiva modifica del regolamento potrebbe incidere sugli elementi costitutivi del reato

INTEGRAZIONE DI CARATTERE TECNICO

di elementi del fatto che non coinvolgono alcuna discrezionalità, perché relativi ad aspetti tecnici del reato (nonostante costituiscano elementi costitutivi del reato) in quando frutto di acquisizioni scientifiche

♦ in materia di stupefacenti il TU rimanda per l'individuazione di sostanze psicotrope oggetto delle condotte vietate ad una tabella periodicamente aggiornata dal Ministero della salute

♦ la corte si è espressa in merito al valore della dose media giornaliera di sostanza stupefacente, il cui superamento faceva scattare le sanzioni penali previste per lo spaccio, a seguito di una questione di legittimità con ad oggetto decreto del ministro della sanità che individuava i limiti quantitativi delle dosi giornaliere
  ha ritenuto che non veniva violata la riserva di legge assoluta in quanto il contributo della fonte II si limitava ad *una concretizzazione meramente tecnica*

LE NORME PENALI IN BIANCO

fattispecie incriminatrici che richiamano tra gli elementi costitutivi un provvedimento amministrativo

– il rinvio alla fonte subordinata sarebbe legittimo ogni qual volta vi sia una ***sufficiente specificazione del precetto da parte della legge***
  anche se questo criterio appare poco risolutivo per la sua *evidente genericità*

♦ contravvenzione di inottemperanza dei provvedimenti dell'autorità (650 cp) che punisce chi *non osserva un provvedimento legalmente dato da un'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o di igiene*
  l'ordine dell'autorità costituisce un elemento fondamentale nella struttura della fattispecie incriminatrice
  la corte ha affermato che, nonostante i dubbi, *l'art. 650 non contrasti con l'art. 25, in quanto è proprio una legge a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena*, e che spetti poi al giudice penale indagare volta per volta se il provvedimento sia stato legittimamente emesso

– per completare il primo criterio, si tende a **distinguere** a seconda che il provvedimento amministrativo richiamato sia:
  a) di **ordine generale**:
    ♦ ordinanza sindacale che vieta di accattonare o lavare i vetri alle macchine ferme ai semafori
      la riserva di legge sarebbe violata
  b) di **ordine particolare e specifico**:
    l'atto costituirebbe un mero elemento estrinseco rispetto alla norma penale, che comunque deve individuare con precisione l'ambito all'interno del quale l'atto stesso deve essere emanato
    ♦ art. 650

Se un'autorità non legislativa (sindaco, prefetto, questore..) emette un provvedimento, chi non lo rispetta commette un reato. L'ordine deve essere specifico, legittimo e giustificato.
La corte ribadisce che non c'è violazione dell'art 25 cost perché è la legge penale art 650 cp a prevedere il reato. la legge stabilisce dei criteri che devono guidare alla formulazione del reato (giustizia, ordine pubblico, sicurezza pubblica, igiene). Sarà il giudice a verificare se il provvedimento sia legittimo o meno.

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

INTERAZIONE DELL'ORDINAMENTO PENALE NAZIONALE CON L'ORDINAMENTO COMUNITARIO

INCIDENZA DELLE FONTI COMUNITARIE

- gli organi sovranazionali non possono avere ***potestà normativa*** penale ***diretta*** nel nostro ordinamento, dal momento che:
  1) il nostro sistema è fortemente improntato sul principio di legalità
  2) i trattati istitutivi dell'UE non prevedono una competenza penale diretta degli organi comunitari
     - inoltre gli organi comunitari non hanno base democratica ed elettiva
- la tutela diretta di interessi comunitari può avvenire solamente attraverso la previsione di **sanzioni amministrative**, che non sono riservate dalla nostra costituzione, alla legge del parlamento

LA TUTELA PENALE DEGLI INTERESSI DI RILEVANZA COMUNITARIA

LA POTESTA' NORMATIVA INDIRETTA

- consiste nel fatto che le fonti comunitarie (in particolare le direttive) possono imporre agli stati membri l'**introduzione di nuove fattispecie incriminatrici** a tutela degli interessi comunitari/di rilievo sovranazionale
- ambiti di intervento:
  1) tutela degli interessi dell'Unione
  2) coordinamento ed efficienza nella lotta al crimine a dimensione sovranazionale
- **l'art. 83 del TFUE** prevede che il parlamento e il consiglio attraverso direttive possano stabilire ***norme minime*** *relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di* ***criminalità particolarmente grave*** *che presentano una* ***dimensione transnazionale*** *derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una* ***particolare necessità di combatterli su basi comuni***
  - vengono poi specificate le materie in cui l'UE può dettare quelle *regole minime*:
    - terrorismo
    - tratta di esseri umani e sfruttamento sessuale di donne e minori
    - traffico illecito di stupefacenti, armi, denaro
    - criminalità organizzata…
- con il passare degli anni e il significativo ruolo acquisito dalla corte di giustizia europea, l'imposizione di nuovi strumenti di tutela da parte dell'UE si è fatta sempre più pressante arrivando ad imporre il ricorso alla sanzione penale, e indicando a volte anche i limiti edittali min e max
  - ♦ in materia di tutela dell'integrità sessuale dei minori, in cui è prevista la privazione della libertà da 1 ai 3 anni + è prevista la circostanza aggravante nel caso in cui il bambino non abbia raggiunto l'età del consenso sessuale e l'autore gli abbia messo in pericolo la vita
- **NB** nonostante le più stringenti previsioni, rimane il fatto che l'Unione non possa introdurre negli ordinamenti nuove fattispecie incriminatrici ed è sempre necessario il **recepimento delle indicazioni** contenute nelle direttive europee da parte dei parlamenti dei singoli paesi
- **NB** importante considerare anche il fatto che la CGUE attraverso la sua giurisprudenza ha affermato il principio di **preminenza del diritto comunitario**
  - ogni volta che ci sia un contrasto tra norme interne ed europee, queste ultime devono prevalere
  - *ma in forza di quali strumenti i paesi membri recepiscono le previsioni contenute nelle direttive europee introducendo nuove fattispecie incriminatrici nel loro ordinamento penale?*

UNIFICAZIONE

- individuazione di un unico strumento penale vigente in tutti gli ordinamenti degli stati
- è un modello difficile da attuare per via di una *comprensibile* ritrosia degli stati a rinunciare alla propria tradizione giuridica penalistica riguardo determinate materie
  - ci sono alcuni progetti (♦ *Corpus iuris per la protezione degli interessi delle comunità europee)* che difficilmente potranno diventare diritto vivente, se non a 2 condizioni:
    a) l'Unione si doti di una sua costituzione europea, che stabilisca i principi fondamentali di garanzia in materia penale (tentativo naufragato nel 2004 dall'esito negativo dei referendum in Francia e Olanda)
    b) che gli organi deliberativi dell'Unione stessa acquisiscano base elettiva, rappresentativa e democratica

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

ASSIMILAZIONE

└invito dell'Unione verso i paesi ad estendere la tutela penale già presente nei loro ordinamenti interni a specifici interessi dell'Unione stessa, secondo gli schemi ed i modelli penalistici di ciascun sistema giuridico

♦ disciplina penale della truffa è stata estesa anche alle frodi agli interessi comunitari, e pertanto nel ns cp è stato introdotto il nuovo delitto all'art. 640-*bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche)*
  └ è punita con più severità la truffa che riguardi *contributi, finanziamenti o altre agevolazioni dello stesso tipo erogati da parte dello stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee*

→ **NB** rischia di produrre rilevanti disparità di trattamento tra i diversi stati membri, dal momento che non c'è un paradigma comune, ma le fattispecie sono ricalcate su ipotesi delittuose già esistenti nei codici penali

ARMONIZZAZIONE

└invito verso gli stati membri a introdurre nuove fattispecie incriminatrici, modellate sulla base delle indicazioni e previsioni contenute nelle direttive dell'Unione

– si fa un ricorso più frequente a questo modello
– motivi che portano gli stati membri a rinunciare a una cospicua parte della loro sovranità:
  a) è anche loro interesse garantire gli interessi della comunità di cui fanno parte
  b) l'UE può esercitare nei confronti degli stati che non hanno ottemperato le previsioni di una direttiva, un **potere di infrazione** che può portare al pagamento di somme di denaro ingenti

CONTRASTO TRA NORMA PENALE INTERNA E NORMATIVA COMUNITARIA

– in questi casi il giudice italiano ex artt. 11 e 117 deve tenere conto della disciplina europea, in virtù del principio di preminenza del diritto comunitario, recepito dalla stessa corte costituzionale (sent. 227/2010):
  "*il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario trova sicuro fondamento nell'art.11 (sulla base è stato riconosciuto il potere-dovere del giudice di dare immediata applicazione della norma comunitaria provvista di effetto diretto in luogo di quelle che siano con esse in diretto contrasto insanabile o di sollevare la qlc) e l'art. 117 ha confermato l'obbligo del legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento europeo*"

→ il giudice penale è tenuto a **disapplicare la normativa interna**
  └caso in cui una fattispecie incriminatrice punisce un fatto considerato lecito da una norma europea

♦ l'art. 14 del TU sull'immigrazione prevedeva una pena detentiva per lo straniero che non ottemperasse all'ordine del questore di allontanarsi dallo stato all'esito di un provvedimento di espulsione
  └ molti giudici hanno ritenuto che la norma si ponesse in contrasto con i principi dettati in questi casi dalla direttiva europea 115/2008, e a seguito di un rinvio pregiudiziale da parte della corte di cassazione, la corte di giustizia ha affermato il contrasto del delitto in questione con la citata direttiva

– **NB** il giudizio di costituzionalità della corte sulle norme interne che violano principi contenuti in una direttiva europea vale anche **nei confronti delle *norme di favore*** (norma penale con una disciplina più favorevole al reo)

♦ art. 183 del TU sull'ambiente escludeva le ceneri di pirite da novero dei prodotti il cui non corretto trattamento integra un reato, e quindi essendo ritenuto in contrasto con la direttiva europea, è stato dichiarato illegittimo

♦ VICENDA "TARICCO"
  └in particolare è stata l'occasione per mettere in luce il problema della disapplicazione da parte del giudice italiano delle norme penali interne di favore

dialogo tra CGUE e Corte cost italiana.
alcuni imputati accusati di frodi fiscali che danneggiavano anche interessi UE. in italia molti reati rischiavano di andare prescritti prima della condanna definitiva, poichè cp porevedeva una proroga di solo 1/4 anche in presenza di atti interruttivi. risultato: reati non puniti.

– **questione**: **prescrizione** per alcune **gravi ipotesi di frodi fiscali** che, ex artt. 160 e 161 del cp, è previsto che il termine di prescrizione in presenza di atti interruttivi, sia **prolungato di solo 1/4**, con il risultato che per la maggior parte dei reati **non interviene la sentenza definitiva di condanna**
– la corte di Lussemburgo con una prima decisione l'8 settembre 2015 ha affermato che, qualora la prescrizione sia maturata, il giudice italiano avesse il **dovere di disapplicare la norma in vigore** dal momento che impediva una **effettiva tutela degli interessi economici dell'UE**
– **conseguenza**: il giudice italiano avrebbe violato sotto 2 profili il principio di legalità:
  1) il giudice dovrebbe applicare una **disciplina sfavorevole al reo e di creazione giurisprudenziale** (in contrasto con l'esplicita previsione della legge statale)
  2) sarebbe stato violato il **principio di irretroattività** della legge penale, dal momento che la disciplina non era in vigore al momento del compimento del fatto

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

dubbi in italia: comportava la disapplicazione della norma penale interna favorevole all'imputato e l'applicazione retroattiva di una regola più sfavorevole, in malam partem. Violazione del principio di legalità penale.

- alla luce di queste *critiche*, la **corte di appello di Milano** e la **III sez. della cassazione penale** hanno sollevato la **questione di legittimità** di fronte alla corte costituzionale chiedendo di **azionare i controlimiti** (principi fondamentali tra cui rientra anche l'art. 25) contro gli obblighi imposti dalla corte di giustizia
- in una prospettiva di **confronto collaborativo e non conflittuale**, la corte costituzionale con l'ordinanza 24/2017 ha nuovamente coinvolto la corte europea di giustizia, sottoponendo in via pregiudiziale alcune questioni di interpretazione degli artt. 325, 1 e 2 del TFUE, riassumibili nell'obbligo per il giudice italiano di disapplicare, alla luce della 1°sentenza Taricco, le regole dettate dal cp in materia di prescrizione del reato, e di condannare pertanto un soggetto le cui violazioni risultano prescritte

Se sia conforme al diritto UE che il giudice disapplichi le norme italiane sulla prescrizione anche quando ciò comporti la violazione dei diritti fondamentali dell'imputato, come il principio di legalità.

- la corte europeo ha emesso una nuova sentenza (Taricco 2) la quale afferma che *i giudico nazionali competenti quando devono decidere nei procedimenti pendenti di disapplicare le disposizioni in questione del cp, sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate siano rispettati,* chiarendo poi il ruolo che il principio di legalità assume anche nell'ordinamento giuridico europeo
- la vicenda trova una soluzione definitiva con la sent. 115/2018 che ha ribadito come *secondo la corte di giustizia europea l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna in materia di prescrizione sulla base della "regola Taricco" viene meno quando ciò comporti una violazione del principio di legalità in materia penale*
- **conseguenze**:
  1) *in virtù del divieto di retroattività in malam partem della legge penale, tale **regola non può essere applicata a fatti commessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza** che l'ha enunciata, senza che sia necessaria nessuna ulteriore verifica da parte del giudice nazionale*
  2) *spetta al giudice nazionale il compito di valutare la **compatibilità della regola con il principio di determinatezza** in materia penale (presente anche nel diritto UE)*

sentenza taricco: se la disapplicazione delle norme sulla prescrizione viola il principi fondamentali, allora non deve disapplicare il giudice.
DECISIONE FINALE: giudice non puo applicare sentenza tarico retroattivamenre. se viola principi determinatezza o irretroattività non deve farlo. Non serve verifica caso per caso: non si applica ai fatti commessi prima.
CONSEGUENZE: non si applica quando viola i prncipi. Prescrizione resta soggetta al principio di legalità. Collaborazione equilibrata tra ue e cost. Concetto controlimiti: i principi fondamentali della cost possono limitare efficacia diritto ue.

NORME EUROPEE E INTERPRETAZIONE

- anche a livello interpretativo la prevalenza del diritto europeo impone al giudice di scegliere tra le diverse interpretazioni, quella più conforme ai principi del diritto comunitario
- limiti invalicabili
  1) il divieto di **analogia *in malam partem***
  2) il **principio di legalità** (certezza e irretroattività delle leggi incriminatrici)

LA CEDU E IL DIRITTO PENALE

- **presupposti di partenza:**
  a) ex art. 25 anche rispetto a questa Convenzione bisogna ribadire che non vi possono essere fattispecie penali introdotte direttamente nel ns ordinamento da atti sovranazionali
  b) ex art. 117 il parlamento non può emanare norme penali che si pongano in contrasto con una previsione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo
     - e se ciò dovesse avvenire la norma sarebbe considerata illegittima
- il giudice prima di sollevare la questione alla corte deve tentare di dare alla norma nazionale un significato compatibile con la convenzione alla luce delle interpretazioni che di essa ha dato la corte europea, che applica la convezione

♦ la corte europea sta molto incidendo sulla struttura del c.d. **ergastolo ostativo**, che impedisce l'accesso ai benefici penitenziari ai condannati per reati di criminalità organizzata, che non abbiano prestato collaborazione con la giustizia
- la corte europea ritiene che in questo modo sia troppo limitata la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena, e quindi che sia in contrasto con l'art. 3 della Cedu (*nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti)*
- ha invitato quindi l'Italia a una riforma della materia che garantisca la possibilità di un riesame della pena (perché nulla vieta che il condannato possa comunque aver fatto progressi verso la propria correzione)

(sempre sul trattamento dei condannati che rifiutano di collaborare con la giustizia, la corte nel 2018 ha dichiarato l'illegittimità della mancata concessione di permessi premio ex art. 4*bis ord. penitenziario,* nei casi in cui si può escludere l'attualità alla partecipazione mafiosa e il pericolo di ripristino di collegamenti con l'organizzazione*)*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI NEL TEMPO

art. **2**cp: "*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato.*
Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.
Se vi è stata condanna a pena detentiva e la legge posteriore prevede esclusivamente la pena pecuniaria, la pena detentiva inflitta si converte immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, ai sensi dell'articolo 135.
Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.
Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti.
Le disposizioni di questo articolo si applicano altresì nei casi di decadenza e di mancata ratifica di un decreto-legge e nel caso di un decreto-legge convertito in legge con emendamenti"

IL PRINCIPIO DI IRRETROATTIVITA'

└nessuno può essere punito per un **fatto che non fosse già previsto come reato al momento del compimento** del fatto stesso

- ha una ***ratio***
  - di **garanzia**: tutela il cittadino da qualsiasi abuso del potere legislativo
  - di **certezza:** i cittadini devono essere messi in grado di sapere con anticipo quali sono le conseguenze penali dei loro comportamenti, per poter orientare con consapevolezza il loro agire
- FONDAMENTO NORMATIVO:
  a) art. **11**preleggi: "*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*"
  b) art. **2.1**cp: "*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*"
  c) art. **25.2**cost: "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*"
  d) art. **7**cedu: prevede anch'esso il principio di irretroattività con riferimento ai fatti sanzionati e alle relative pene

INTERPRETAZIONI date dalla Corte edu dell'art. 7 della convezione:

1) la cedu ha specificato anche che **tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo** non si possono applicare retroattivamente

♦ la corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 186 del codice della strada limitatamente alle parole *"ai sensi dell'art. **240 cp**"* dal momento che tale riferimento comportava l'applicazione retroattiva della **confisca** anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del dl 92/2008 (che modificava l'art. 186 cod. della strada)
sulla base dell'art. **200cp** il quale prevede che *le **misure di sicurezza** siano regolate dalla **legge in vigore al tempo della loro applicazione***
└dal momento che la CONFISCA è **formalmente qualificata** come **misura di sicurezza,** ma ha natura essenzialmente **sanzionatoria** (e non di misura di sicurezza in senso proprio) e riveste una funzione **repressiva** e non preventiva, **risultava violato l'art. 7cedu** ed esteso dalla Corte europea a tutte le **misure di carattere punitivo-afflittivo**

2) l'art. 7 viene riferito anche ad un **orientamento giurisprudenziale nuovo** (cioè che non fosse prevedibile da parte dell'imputato al momento del compimento dei fatti)

♦ **sentenza "CONTRADA"** della Corte edu (2015)
- in materia di concorso esterno nel delitto di associazione di stampo mafioso, ha dichiarato **illegittima la condanna** (tra l'altro già scontata) di un membro dei servizi segreti italiani accusato di aver passato informazioni a mafiosi **tra il '79 e l'88**
- è stato infatti ritenuto che soltanto **nel '94** (in epoca successiva ai fatti di reato contestati a Contrada) le **sezioni unite della Cassazione** hanno risolto un contrasto giurisprudenziale relativo al delitto in questione, che si configura come "*il **risultato di un'evoluzione della giurisprudenza italiana***", la cui rilevanza penale, quindi, prima del '94 non sarebbe stata prevedibile

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

si applica legge posteriore più favorevole, salvo sentenza irrevocabile. Sulla base del principio costituzionale di uguaglianza e di ragionevolezza. Non sarebbe ragionevole applicare una legge non più un vigore.

IL PRINICPIO DI RETROATTIVITA' DELLA LEGGE PENALE PIU' FAVOREVOLE

art. **2.4**cp: "*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile.*"

→ introduce una disciplina della successione delle leggi penali nel tempo improntata sul canone della **retroattività delle disposizioni penali più favorevoli al reo** (*lex mitior*)

- COPERTURA COSTITUZIONALE: la giurisprudenza costituzionale ha individuato nel **principio di uguaglianza** (art. **3**), sotto lo specifico profilo della **ragionevolezza**, un possibile recepimento del canone in questione
  - se infatti il legislatore interviene ad abrogare un reato o riduce una pena, non sarebbe ragionevole continuare ad applicare le precedenti norme più severe a chi viene giudicato oggi, anche se ha commesso il fatto sotto il vigore della legge precedente
- COPERTURA CEDU: la Corte edu ha interpretato l'art. **7**cedu in modo da ritenere che se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quelle le cui disposizioni sono più favorevoli
- **NB LIMITE alla retroattività** della legge penale più favorevole:
  il legislatore potrebbe introdurre una **deroga al principio** (prevedendo cioè che una legge più favorevole successiva non si applichi retroattivamente), ma solo se **l'eccezione è giustificata da una qualche ragionevolezza** (es. bilanciare due interessi contrapposti entrambi meritevoli di tutela)

→ a differenza del principio di irretroattività della *legge in malam partem*, questo appare suscettibile di deroghe, legittime sul piano costituzionale, se sorrette da giustificazione *oggettivamente ragionevole*

- ♦ la Cassazione ha affermato la legittimità dell'esclusione dell'applicazione retroattiva di un **più favorevole termine di prescrizione (**in occasione di una mutata valutazione del legislatore), se essa è coerente con la funzione assegnata dall'ordinamento all'istituto della prescrizione
- ♦ anche con riferimento alle previsioni della Corte edu che non riconosce il carattere assoluto del principio di retroattività *in mitius,* la Corte costituzionale ha ribadito la legittimità di deroghe in particolari situazioni

prescrizione del reato: tempo massimo entro cui un processo penale deve concludersi con sentenza definitiva. se il tempo scade il reato si estingue. per questo la cassazione dice che il nuovo termine non si applica automaticamente ai processi in corso. Può essere esclusa la retroattività della prescrizione più breve se questa esclusione rispetta il ruolo e la funzione della prescrizione.

ABOLITIO CRIMINIS

- si verifica quando una **legge successiva abroga una precedente fattispecie incriminatrice**

art. **2.2**cp: "*Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.*"

→ prevede che non possano essere puniti coloro che hanno commesso il fatto sotto la vigenza della precedente legge incriminatrice, e se vi è già stata sentenza di condanna, è previsto che ne debbano cessare l'esecuzione e gli effetti

- RATIO: non avrebbe senso continuare a far espiare una sanzione detentiva a colui che ha commesso un fatto che, in un momento successivo, non viene più considerato meritevole di pena
  - **NB** il nostro sistema penale è rigorosamente improntato al diritto penale del fatto (e non dell'autore), e non avrebbe alcun pregio argomentare che l'autore ha comunque dimostrato una certa capacità criminale

LA SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI NEL TEMPO

art. **2.4**cp: "*Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile*"

→ nel caso in cui il fatto è considerato reato sia nella vigenza della legge precedente che in quella successiva, ma la disciplina è diversa, il giudice deve applicare quella più favorevole al reo

- **NB** è importante **DISTINGUERE** *l'abolitio criminis* e la successione delle leggi penali nel tempo:
  a) può parlarsi di *ABOLITIO CRIMINIS* solo quando in concreto il fatto, incriminato dalla norma previgente, **non rientri più a nessun titolo, nella nuova fattispecie** e si può quindi escludere la continuità del tipo di illecito
  b) si parla invece di SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI quando dal raffronto strutturale tra le due norme, si evince che il **fatto concreto rientra pur con una disciplina ≠, sia nella 1° che nella 2° fattispecie** *criterio* ***strutturale***

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- riforma dei **delitti contro la libertà sessuale** introdotto nella l.66/96
  - all'art. 1 ha abrogato esplicitamente il capo del cp dove era contenuto il delitto di violenza carnale
  - l'art. 2 ha introdotto il **nuovo delitto di violenza sessuale** (in buona parte = elementi della vecchia fattispecie)
  - → ritenere che i responsabili di uno stupro commesso prima del '96 non dovessero essere puniti (ex art. 2cp) sarebbe stata conseguenza priva di qualsiasi senso e ragionevolezza (oltre che molto iniqua)
  - → colui che avesse costretto con violenza la vittima a subire un rapporto sessuale contro la sua volontà, sarebbe stato punibile anche nel vigore della nuova disciplina, applicando la normativa più favorevole (es. quella che prevede una nuova circostanza attenuante)

legge panale dispone solo che per l'avvenire, no effetto retroattivo.

- si pensi all'art. **578**cp che in origine puniva con pene meno gravi rispetto all'omicidio comune, l'infanticidio commesso immediatamente dopo il parto *per causa d'onore* (al fine di non disonorare il nucleo familiare), che nell'81 è stata abrogata e sostituita con il **delitto di infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale**
  - in questo caso anche se la condotta sembra essere la medesima tra le due fattispecie non vi è continuità del tipo di illecito, dal momento che nessuno dei fatti ricompresi nel primo delitto rientra nel secondo
  - → la l. del 1981 ha abrogato il delitto di infanticidio per causa d'onore
    - **NB** trattandosi di una **norma speciale** rispetto al più generale delitto di omicidio, chi oggi uccida il feto *per ragioni di presunto onore*, sarà sanzionato ai sensi del delitto di omicidio
- quando con l.194/84 in materia di **interruzione volontaria della gravidanza** il legislatore ha **esplicitamente abrogato** l'art. 552cp**,** *non si è verificata successione delle leggi penali nel tempo* con la norma che punisce le lesioni dolose, aggravate dalla perdita della capacità di procreare ex art. 583.2cp, ma una semplice *abolitio criminis*, con la conseguenza che la **sterilizzazione volontaria** non costituisce reato

ABOLITIO CRIMINIS PARZIALE

quando solo alcune delle condotte precedentemente incriminate mantengano rilevanza penale

- nel sistema originario del 1930 era punito per **violenza carnale** colui che si congiungeva con una persona che, al momento del fatto, era ***malata di mente***
  - ratio della norma era di tutelare al massimo grado l'integrità sessuale di soggetti in situazioni di particolare debolezza, ma finiva per negare qualsiasi diritto ad una **libera vita sessuale al malato di mente**
  - la legge di riforma ha previsto che oggi si risponda del delitto di violenza sessuale chi induce un soggetto in situazione di inferiorità fisica o psichica ad avere un rapporto sessuale, *abusando delle condizioni di inferiorità della vittima*
  - → dal confronto tra le 2 norme non tutte le condotte incriminate in precedenza mantengono rilevanza penale:

non è più reato
a) es. ***abolitio criminis*** nel caso della compagna di uno schizofrenico, all'interno di un rapporto affettivo consapevolmente corrisposto

rimane ancora reato
b) es. **successione delle leggi penali nel tempo** nel caso di un uomo che convince una donna in preda a un delirio psicotico ad avere un rapporto con lui, spacciandosi per uno stregone

QUESTIONI SOLLEVATE DALLA DISCIPLINA DETTATA DALL'ART. 2.4cp

– la **SCELTA del giudice della norma più favorevole**, tutte le volte che siano diverse la legge del commesso reato e quelle successive

→ **NB** non si tratta di un raffronto solo tra la legge al tempo del commesso reato e la legge vigente al momento del giudizio, ma tra tutte le discipline che si sono succedute nel tempo e può avvenire che la norma più favorevole al reo sia quella **INTERMEDIA**
  - non in vigore né al tempo del fatto, né al tempo del giudizio, perché a sua volta sostituita nel frattempo
  - questa soluzione da parte della dottrina è avversata, ma è viene sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità che ritiene che *debba essere applicata all'imputato la legge penale più favorevole, anche se tale legge sia stata in vigore "medio tempore" e sia stata abrogata successivamente da una legge, vigente al momento della pronuncia della sentenza*
  - la ratio è che il ritardo nella definizione del processo non può risolversi in un danno per l'imputato

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– il **CONCETTO di norma più favorevole al reo** può creare problemi nel momento in cui la legge successiva sia più **favorevole** per certi aspetti, ma **sfavorevole** per altri

→ in questi casi il giudice dovrà **valutare il *favor rei* in concreto:**

a) es. se viene introdotta una nuova causa di giustificazione, sono integrati nuovi elementi costitutivi della scriminante, e quindi la norma successiva sarà più favorevole e si applicherà;
b) es. se invece viene sostituita la procedibilità a querela con quella d'ufficio, se non era stata presentata querela sarà più favorevole la legge precedente

→ **NB** dopo l'entrata in vigore della **competenza del giudice di pace** (che non prevede la sospensione condizionale della pena), la Cassazione ha affermato che è *precluso al giudice* ***combinare un frammento normativo di una legge e un frammento normativo dell'altra****, secondo il criterio del favor rei, perché in tal modo si applicherebbe una terza fattispecie di carattere intertemporale non prevista dal legislatore, violando così il principio di legalità*

– l'applicazione della legge penale successiva più favorevole trova un **LIMITE nel giudicato definitivo**

→ es. se tizio sta scontando in carcere una condanna per pena detentiva per un fatto rispetto al quale una legge successiva introduce una nuova circostanza attenuante, egli non potrà beneficiarne
  └ ratio: esigenza di certezza dei rapporti giuridici, che porta all'impossibilità di riaprire in sede di esecuzione innumerevoli procedimenti penali già definitivamente *esauriti*, con un inaccettabile carico giudiziario

→ **NB** l'**unica eccezione** è rappresentata dal c.3: nei casi in cui la modifica legislativa preveda la **sostituzione di una pena detentiva con una PENA PECUNIARIA**, la pena detentiva deve immediatamente cessare ed essere convertita nella corrispondente pecuniaria anche per coloro che siano stati giudicati con sentenza definitiva
  └ ratio: il **rispetto del bene della libertà personale** renderebbe del tutto iniquo tenere in carcere un soggetto che ha commesso un fatto che non è più ritenuto così grave ed offensivo da meritare il ricorso al carcere

LEGGI ECCEZIONALI E TEMPORANEE

└ sono *leggi a tempo*, il cui termine rispettivamente in maniera implicita o esplicita

a) **leggi eccezionali**: sono quelle dettate dalla necessità di affrontare un evento straordinario e grave (es. terremoto), e sono destinate a mantenere la loro vigenza fin tanto che dura la situazione eccezionale che le ha giustificate ed imposte
b) **leggi temporanee**: sono quelle che prevedono un termine di durata oltre il quale cesseranno di avere effetto

– **NB** l'art. 2.5cp prevede che la disciplina dell'*abolitio criminis* e della successione delle leggi penali nel tempo non si applichi a queste due tipologie di leggi

→ è necessario che le eventuali fattispecie incriminatrici eccezionali o temporanee **si applichino ultrattivamente,** cioè anche quando:

a) sarà venuta meno la situazione di eccezionalità
b) sarà scaduto il termine di vigenza previsto

…perché altrimenti la l'applicazione retroattiva del successivo regime penale più favorevole renderebbe prive di qualsiasi efficacia general preventiva le fattispecie considerate

♦ legge penale contro il fenomeno dello ***sciacallaggio***, che **aumenti le pene per il furto in appartamento,** emanata in occasione di un terremoto
  └ la più grave disciplina si applicherebbe anche qualora i colpevoli venissero giudicati quando la legge eccezionale non è più in vigore (quando i legittimi proprietari siano tornati nelle proprie case)

SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI E DECRETI LEGGE

– ex art. 77cost il DL non convertito entro 60 giorni perde efficacia *ex tunc* (non dispiega alcun effetto)

– quali problemi si pongono in materia di successione di leggi penali, **se un DL introduce delle nuove fattispecie penali, ma non viene convertito entro 60 giorni**?

→ originariamente art. 2 u.c. cp prevedeva che la disciplina dell'*abolitio criminis* e della successione delle leggi penali si applicasse anche al DL non convertito, dal momento che quest'ultimo perdeva efficacia *ex nunc*
  └ alla luce della disciplina costituzionale, nell'85 la corte ha dichiarato l'illegittimità del c.5, per quanto riguarda i fatti compiuti prima del DL non convertito, anche se prevedeva una disciplina più favorevole per il reo
  c.d. ***fatti antecedenti***

efficacia ex nunc = da ora
efficacia ex tunc = da allora

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- IPOTESI di possibili conseguenze con il DL favorevole al reo:
  a) riguardo il ***fatto antecedente*** il nuovo regime **non pone problemi**:
     - es. se tizio commette un fatto previsto e punito da una fattispecie incriminatrice, che in seguito viene abrogata
     - da un DL che però non viene convertito, **egli sarà punito** (il fatto solo momentaneamente era stato reso lecito)
  b) nel caso in cui il **fatto sia concomitante** alla vigenza del DL poi non convertito la questione è più complessa:
     - la dottrina propone un raffronto sistematico tra l'art.77 e l'art. 25, ritiene prevalente la norma dettata in materia di libertà personale dei cittadini, e quindi nel caso prospettato il soggetto **non potrà essere punito**
     - ratio della conclusione: evidente **aspettativa di tenere un comportamento penalmente irrilevante**
- nel caso in cui il **DL sia sfavorevole, in ipotesi di fatto concomitante** anche se l'agente ha dimostrato una certa capacità criminale, non sarà punito dal momento che la mancata conversione esclude qualsiasi effetto penale (sfavorevole) nella sfera di libertà dei cittadini
  - con la mancata conversione torna ad espandersi la precedente liceità penale di quel fatto, ed è sufficiente richiamare la regola generale dell'applicazione anche retroattiva del regime più favorevole

lex mitior : in caso di sucessione di leggi penali, se una legge sucessiva è più favorevole al reo rispetto a quella vigente al momento del reato, si applica retroattivamente la più favorevole.

si applica il principio di retroattività della legge penale più favorevole anche quando cambia una norma extrapenale che incide su elementi del reato?

SUCCESSIONE DI LEGGI PENALI E NORME INTEGRATIVE EXTRAPENALI

- QUESITO: il principio della retroattività della *lex mitior,* si applica anche qualora si verifichi una **modifica** favorevole al reo **che riguarda un elemento della fattispecie legale**?

♦ reato di **ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanarsi dal territorio dello stato** commesso da una persona, il cui stato in un primo tempo no, ma successivamente entra nell'UE
  - con l'adesione dello stato all'UE, il fatto resta punibile o il nuovo *status* giuridico dei cittadini ad es. rumeni spiega effetti retroattivi, rendendo non punibile il fatto?

- RISPOSTA della corte (confermata dalle sezioni unite DELLA CASSAZIONE) in merito a dei cittadini rumeni: muovendo dall'idea che il **disvalore del fatto permane** anche a seguito del mutamento del quadro normativo di riferimento, si ritiene che la **retroattività della *lex mitior*** valga con esclusivo riferimento agli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice, e **non anche per modifiche della situazione di fatto che non la integrino**

→ l'acquisto della cittadinanza europea da parte dei cittadini rumeni, **non ha determinato la non punibilità** del reato di ingiustificata inosservanza dell'ordine del questore di allontanarsi dal territorio dello stato, commesso dagli stessi prima del 2007

REATO: prima del 2007 Romania extra UE, quindi i Rumeni erano soggetto all'ordine del questore come gli altri extracomunitari. se disobbedivano ordine di allontanarsi, commettevano reato. Nel 2007 romania entra nell'UE, ottenendo la libera circolazione non ricevono più l'ordine del questore. La Cassazione afferma che chi ha commesso il reato prima del 2007 è punibile, e la successiva entrata nell'UE non cancella quindi retroattivamente il reato.

Quando una legge viola la costituzione. La corte cost non può creare nuovi reati, aumentare pene, aggiungere pene. Può solo togliere, sentenze demolitive.

LE SENTENZE DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

- **NB** in virtù del principio della riserva di legge, la corte non può **MAI**
  1) **estendere l'incriminazione** oltre i limiti previsti dalla fattispecie
  2) **inasprire il regime sanzionatorio**

→ non sono ammesse **sentenze additive** in materia penale

→ quando l'incriminazione di un certo fatto risulta IRRAGIONEVOLE, la corte può solo dichiarare l'illegittimità della norma che ***irragionevolmente limita la punibilità***

♦ l'art. 724cp considerava la **bestemmia** una contravvenzione, limitatamente alle invettive o parole oltraggiose riferite alla **religione cattolica**
  - la corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dal momento che la norma differenziava la tutela del sentimento religioso a seconda della fede professata (e quindi contro l'art. 3)

- CONSEGUENZE della **DECLARATORIA di illegittimità** costituzionale:
  a) all'inizio si riteneva che avesse effetto ***ex nunc***, ex art. 136 che prevede che con una dichiarazione di illegittimità costituzionale *"la norma cessa di avere efficacia dal **giorno successivo alla pubblicazione della decisione**"*
     - per i fatti commessi durante la vigenza della dichiarata illegittima, si sarebbe dovuta applicare il regime ex art. 2
     - **NB** tale soluzione era **poco praticabile**, dal momento che la questione di legittimità si può sollevare solo qualora la sia rilevante per la risoluzione della controversia, e se la declaratoria fosse stata *ex nunc,* la questione non ne sarebbe stata toccata e quindi sarebbe stata **sempre irrilevante**

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) per ovviare la l. 87/1953 all'art. 30 ha esplicitamente previsto che *"quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata una **sentenza irrevocabile di condanna**, ne **cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali**"*
   - situazione identica a quella del DL non convertito: la declaratoria opera ***ex tunc,*** ma ex art. 25.2cost, se la norma stessa era più favorevole al reo di una precedente, si continuerà ad applicare il regime più favorevole

LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITA' DEL SINDACATO SULLE LEGGI PENALI DI FAVORE

- casi di leggi penali che creano indebite e inaccettabili *zone franche* per certe situazioni

– in un primo momento la corte ha **escluso che si potesse** sindacare la legittimità costituzionale di una norma penale di favore, **per mancanza di rilevanza della questione** (il nuovo regime non si sarebbe potuto applicare retroattivamente a chi avesse tenuto la condotta nel vigore della norma più favorevole)

– questo orientamento però poi è stato **superato**, con riferimento alle norme che non delimitano l'ambito di operatività di una fattispecie incriminatrice, ma sottrae una certa categoria di soggetti/condotte dall'applicazione della norma stessa
   - es. la corte ha dichiarato l'incostituzionalità del trattamento sanzionatorio più mite e favorevole per chi falsifichi la documentazione relativa alla presentazione delle liste elettorali (solo pena pecuniaria) rispetto ai delitti di falso materiale ed ideologico

→ attualmente il sindacato della corte sulle norme di favore è ammesso, ma **solo quando si tratti di riparare** a quello che è stato definito come ***odioso privilegio***
   - ogni ulteriore allargamento finirebbe per attribuire indebitamente alla corte l'individuazione dei fatti da punire

anche le norme di favore possono essere annullate se creano disuguaglianza inaccettabili.

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA

art. 1cp: "*Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*"

LA RATIO DI GARANZIA

- **NB** il principio di legalità impone che la **tecnica di redazione** delle norme penali individui **con precisione** tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrici
  - non basta che le norme penali siano previste da una legge, ma occorre che sia **concretamente possibile** per i cittadini **individuare tutti gli elementi costitutivi**
- solo norme chiare e precise possono **orientare realmente l'agire** nella scelta dei comportamenti leciti, rendendo efficace il sistema penale sotto il profilo della sua **funzione general-preventiva**
- la determinatezza costituisce un **presupposto** indefettibile del **principio di colpevolezza**
  - sent. cost 364/88: *solo in presenza di un precetto penale **chiaro e privo di ambiguità** nell'individuare i fatti vietati sarà possibile muovere un rimprovero a colui che lo abbia violato*
- tale principio inoltre protegge i destinatari da possibili **abusi del potere giudiziario,** che sarebbero possibili da fattispecie generiche, che lascino ampi margini di interpretazione

→ DESTINATARI del principio di determinatezza:

1) il parlamento: che deve elaborare fattispecie chiare e precise
2) il giudice: la cui interpretazione deve attenersi a limiti rigorosi
3) i cittadini: che devono essere messi in grado di conoscere con precisione i limiti dei loro lecito agire

CRITERI DI TECNICA LEGISLATIVA

modalità che permettono di chiarire al massimo grado possibile i confini dell'illecito penale

1) **NORMAZIONE CASISTICA**: tende ad elencare **tutti i possibili aspetti** della realtà empirica che rientrano nella fattispecie incriminatrice
   - pro: è una tecnica legislativa molto rispettosa del principio di legalità
   - contro: a) finisce per **appesantire** la norma penale
     b) rischia di **lasciare impunite condotte** che non sono state prese in considerazione dal legislatore (sulla base del *principio di frammentarietà*: ciò che non è descritto come vietato, è lecito)

♦ delitto di **associazione di stampo mafioso** (art. 416-*bis*) descrive analiticamente tutte le **modalità** della condotta e le **finalità** perseguite per poter essere definito come *mafioso*

2) **NORMAZIONE SINTETICA**: definisce i limiti della rilevanza penale dei comportamenti sulla base di 2 criteri:
   1) **oggetto giuridico ben definito**: bene tutelato dalla fattispecie deve risultare chiaro
   2) **verificabilità empirica**: i termini usati devono riuscire ad indicare il contenuto in modo concreto

♦ delitto di **violenza sessuale**: costrizione mediante violenza minaccia o abuso di autorità, a compiere atti sessuale
- il legislatore non ha descritto tutti gli atti che non è consentito imporre con violenza, ma è ricorso a una descrizione sintetica, attraverso il richiamo al concetto di *atti sessuali*
- **NB** la cassazione con la sent. 96/81 ha specificato che il concetto di atto sessuale non vada limitato alle **zone genitali**, ma comprende anche tutte quelle zone considerate **erogene** *tali da dimostrare l'istinto*

NB quando il legislatore ricorre alla normazione sintetica usa **elementi** di carattere**:**

- **DESCRITTIVO**: concetti numerici, quantitativi, concetti descrittivi tratti dall'esperienza (uomo, acqua..) non pongono problemi di corretta determinazione
- **NORMATIVO**, che si distinguono in:
  a) elementi **giuridici** (es. riferimento al concetto di obbligazione)
     - garantiscono elevati livelli di determinatezza della fattispecie incriminatrice
  b) elementi **extragiuridici** (es. concetto di osceno, pudore..)
     - pongono maggiori problemi di determinazione
     - in questi casi svolge un ruolo fondamentale la verificabilità empirica
       ♦ la cass. per la definizione di *sessualità* si è basata sulla scienza medica, psicologica, antropologica permettono di **adeguare l'interpretazione** delle norme penali ai **mutamenti del comune sentire**

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO PENALE

TIPI DI INTERPRETAZIONE

└in base al soggetto da cui promana

a) **autentica:** quando promana dallo stesso legislatore che interviene per chiarirne il senso
b) **ufficiale**: se proviene dall'autorità amministrativa o dagli organi dello stato interessati (es. circolari esplicative di ministri)
c) **giudiziale**
d) **dottrinale**: frutto della riflessione di giuristi

CRITERI INTERPRETATIVI

1) **CRITERIO SEMANTICO**: in primo luogo l'interprete deve chiarire il **senso lessicale** dei termini utilizzati dal legislatore
   └passaggio necessario, ma **non sufficiente** data **l'ambiguità** che caratterizza il nostro linguaggio

♦ concetto di **prostituzione:** dal pdv *lessicale* non è possibile dire se la prestazione a distanza rientri o meno

2) **CRITERIO STORICO**: va a rintracciare nel testo di legge la **volontà del legislatore**
   └critiche:
   a) difficilmente la volontà del parlamento può essere ricondotta a una reale razionalità di intenti
   b) con il tempo possono cambiare le esigenze di tutela che hanno favorito l'emanazione

♦ con la legge Merlin il parlamento cercò di andare a tutelare le donne che, dopo la chiusura delle case chiuse, sarebbero state più facilmente vittime di sfruttatori stando per strada
   └considerata tale volontà del legislatore del 1958, il caso della c.d. ***prostituzione virtuale*** esula dall'ambito della tutela normativa, con la conseguente irrilevanza penale per il gestore del web

3) **CRITERIO LOGICO-SISTEMATICO**: va a cercare tra tutti i possibili significati della norma penale, quello **più coerente con l'ordinamento** nel suo insieme
   └è utile soprattutto quando:
   a) ci siano norme penali che richiamano concetti normativi extrapenali
   b) nella materia delle cause di giustificazione

4) **CRITERIO TELEOLOGICO:** va ad individuare lo **scopo della fattispecie** incriminatrice, per interpretarla alla luce dei mutamenti che le esigenze di tutela impongono nei diversi momenti storici
   └permette di avere una **visione dinamica del bene** da proteggere

♦ sulla base di questa prospettiva si può ritenere che la ***prostituzione virtuale*** rientri nel concetto di *prostituzione* considerato il fine di andare ad offrire adeguata tutela alla dignità umana

IL DIVIETO DI ANALOGIA

└integrazione dell'ordinamento attraverso l'applicazione della disciplina prevista per casi simili

NB opera **sempre *in malam partem***, ma per parte della dottrina interpretazioni analogiche ***in bonam partem*** **sono possibili** PURCHE' ┬ non vi sia una intenzionale lacuna del legislatore

caso: persona presenta documenti falsi al giudice del lavoro per ottenere vantaggio eocnomico (promozione o risarcimento). Il giudice ingannato emette sentenza favorevole. Non è truffa perche la legge richiede che ci siano artifici, vittima sia condotta in errore, compi atto di disposizione patrimoniale, ingiusto profitto del colpevole. Nega truffa la corte per un motivo tecnico giuridico, non morale. "atto di disposizione patrimoniale" CIOè LA VITTIMA ingannata deve disporre volontariamente del suo patrimonio, ma il giudice del lavoro non gestisce direttamente il suo o altrui patrimonio, non dispone volontariamente dei beni quindi secondo la corte non c'è atto libero di gestione di interessi patrimoniali.

- PROBLEMA dell'**INTERPRETAZIONE ESTENSIVA**
  - è consentita nella misura nella quale sia rispettato il **limite del significato letterale**

♦ caso di una persona che per ottenere una migliore posizione professionale, proponga un ricorso al giudice del lavoro **allegando una documentazione falsa**: è integrato il **delitto di truffa**, se il giudice emette una sentenza che procura un ingiusto profitto?
  - per la corte verrebbe violato il principio di tassatività, poiché la sentenza del giudice del lavoro non potrà mai essere equiparabile a un *libero atto di gestione di interessi altrui*

♦ la cassazione in merito all'**editoria on line** ha ritenuto che:
  a) non possa essere esteso il regime delle norme riguardo l'omesso controllo da parte del direttore della *stampa* periodica o non periodica
  b) si potesse fare un'equiparazione tra le due diverse forme di *pubblicazione* andando ad estendere le garanzie proprie della stampa cartacea, compiendo un'analogia *in bonam partem*

LIMITI SPAZIALI ALL'EFFICACIA DELLE LEGGE PENALE

IL RAPPORTO TRA IL DIRITTO PENALE NAZIONALE E GLI ALTRI ORDINAMENTI

- il codice Rocco è basato su una **tendenziale UNIVERSALITA'**:
  si viene sottoposti alla giurisdizione italiana:
  a) se un cittadino italiano all'estero commette un reato
  b) se all'estero uno straniero commette un reato ai danni di un italiano
  c) se ne territorio dello stato uno straniero commette un reato ai danni di un altro straniero
- **NB** l'ambito di **operatività della nostra legge penale** è stato aumentato dai progressivi obblighi dell'UE e dalla creazione della CGI
- CRITERI sulla base dei quali valutare l'obbligatorietà della legge penale italiana:
  1) **principio di universalità**: viene punito alla stregua del diritto penale italiano qualsiasi delitto, commesso da chiunque, a danno di chiunque, anche all'estero
  2) **principio di territorialità:** limita l'applicazione della nostra legge penale ai soli fatti commessi nel territorio dello stato
  3) **principio di personalità passiva**: prevede l'applicazione della legge penale dello stato cui appartiene il titolare del bene offeso dal reato
  4) **principio di personalità attiva**: prevede che si applica la legge penale dello stato di appartenenza del reo
- **NB** nessuno stato applica uno di questi criteri nella *sua versione pura*, ma ogni ordinamento disciplina l'efficacia della legge penale nello spazio attraverso la **COMBINAZIONE DI TUTTI E 4**

→ il nostro sistema ha esplicitamente previsto all'art. 6cp il *principio di territorialità*, ma ha introdotto tante deroghe tali da andare a far registrare una tendenza verso il *principio di universalità*, pur temperato dalla parziale applicazione degli altri due criteri

IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITA'

art. 3.1cp: "*La legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale*"
es. le immunità consolari
art. 6.1cp: "*Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana*"

→ sanciscono il principio dell'**obbligatorietà** della legge penale nei confronti di **tutti coloro che si trovino NEL TERRITORIO dello stato** sia con riferimento ai *soggetti* che ai *fatti*

→ tutte le **tradizioni etico-sociali** possono essere praticate solo fuori l'ambito di operatività della legge penale

♦ un **cittadino del Marocco** imputato per **maltrattamenti nei confronti della moglie**, aveva basato la sua tesi difensiva sul fatto che fossero portatori di una cultura diversa da quella italiana, tale da influire sul profilo della gravità del reato e sulla sussistenza di attenuanti generiche

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

art. 6.2cp: "*Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione*"

→ traccia un **ESTESO COLLEGAMENTO** tra il fatto di reato e l'ordinamento italiano:

a) il reato è punito ai sensi della legge italiana anche se solo la **condotta** è stata tenuta in Italia e l'**evento** all'estero

b) se la condotta è stata tenuta interamente all'estero, qualora l'evento si verifichi nel nostro territorio

NB questo *criterio* nella dottrina viene detto *dell'**ubiquità***, ma sarebbe più corretto chiamarlo *della **sineddoche***

♦ un **ortopedico in Francia**, omettendo alcuni accertamenti, prescrisse l'applicazione di un busto rigido a un bambino (fatto che ne determinò la morte), e per questo venne imputato per *reato omissivo colposo*, ritenuto commesso in IT (anche se aveva avuto luogo in IT solo una parte della omissione causativa dell'evento)

NB un **reato commesso interamente all'estero** NON può rientrare nella giurisdizione italiana per il solo fatto che sia legato dal **vincolo della CONTINUAZIONE** con altro reato commesso in Italia, trattandosi di un'ipotesi non compresa tra quelle ex artt. 7-10cp, he prevedono *deroghe* al principio di territorialità

LA NOZIONE DI TERRITORIO DELLO STATO

art. 4.2cp: "*Agli effetti della legge penale, è territorio dello Stato il territorio della Repubblica e ogni altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato. Le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera*"

→ **NB** non va inteso solo come il **suolo entro i confini dell'Italia,** ma identifica ex art. 4.2cp **ogni altro l'altro luogo soggetto alla sovranità dello Stato** (come il **mare costiero** e lo **spazio aereo nazionale**)

EFFICACIA DELLA LEGGE PENALE RISPETTO AI FATTI COMMESSI ALL'ESTERO

FATTI PUNITI INCONDIZIONATAMENTE

indipendentemente da qualsiasi **condizione di procedibilità** e da qualsiasi **riferimento territoriale**

art. 7cp: "*È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati:*

1) delitti contro la personalità dello Stato italiano;

2) delitti di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto;

3) delitti di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano;

4) delitti commessi da pubblici ufficiali servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni;

5) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana"

└ norma di chiusura

→ è prevista una cospicua serie di delitti che sono puniti ***anche se commessi interamente all'estero***, sia da parte di un cittadino italiano che da uno straniero

– per alcuni di questi fatti, la *ratio* che giustifica l'applicazione della legge penale italiana è data dal **principio di PERSONALITA' PASSIVA**

└ **NB** si tratta di delitti che offendono direttamente un **interesse dello stato italiano**

DELITTI POLITICI

– DEFINIZIONE ex art. 8.3: "*Agli effetti della legge penale, è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*"

– comprende qualsiasi fatto di reato che sia:

a) ***oggettivamente* politico:** che offenda l'interesse dello stato alla propria indipendenza e integrità territoriale, o un diritto dei cittadini a partecipare alla vita politica dello stato

b) ***soggettivamente* politico**: *il c.d. delitto comune determinato da motivi politici*

└ ESTREMA ESTENSIONE del concetto si spiega nella prospettiva del codice Rocco, la cui prospettiva era quella di **eliminare gli oppositori del regime** (compresi quelli che per sfuggire alla repressione fascista erano all'estero)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

art. 8.1cp: "*Il cittadino o lo straniero, che commette in territorio estero un delitto politico non compreso tra quelli indicati nel numero 1 dell'articolo precedente, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia.*

Se si tratta di delitto punibile a querela della persona offesa, occorre, oltre tale richiesta, anche la querela.

→ in questo caso la **punibilità non è incondizionata**, ma subordinata a una **CONDIZIONE DI PROCEDIBILITA'**:

1) la **richiesta del Ministro della giustizia**
2) se il delitto è perseguibile a querela occorre anche la **querela del soggetto passivo del delitto**

– **NB** con **l'entrata in vigore della Costituzione,** il reato politico acquista una **VALENZA DEL TUTTO DIVERSA**
  - prevede 2 disposizioni in materia:
    1) art. 10.4cost: impedisce l'estradizione dello straniero per reati politici
    2) art. 26.2cost: impedisce l'estradizione del cittadino
  - la Cassazione in materia ha dovuto affrontare alcune *delicate questioni* legate a drammatiche vicende storiche:

♦ caso dei c.d. ***desaparecidos*** (oppositori dei regimi dittatoriali sud americani, vittime di torture, spesso nostri concittadini)
  - per giustificare la giurisdizione italiana pur in presenza di fatti compiuti interamente all'estero, la cassazione ha considerato come politici i *delitti di oggettiva gravità, commessi in danno di cittadini italiani residenti in Argentina*, allo scopo di contrastare idee politiche, andando così ad offendere:
    1) l'interesse politico dello stato italiano, che ha il diritto e dovere di intervenire per tutelare i propri cittadini
    2) i diritti fondamentali delle stesse vittime

    (combinato disposto degli artt. 8cp e 10cost con particolare riferimento alla CEDU)

DELITTI COMUNI COMMESSI ALL'ESTERO

cioè *non politici*

a) commessi da un CITTADINO ITALIANO

– ex art. 9cp è prevista L'APPLICABILITA' DELLA LEGGE penale italiana, in ossequio al **principio di soggettività attiva**, per i delitti puniti con l'**ergastolo**
  con la reclusione **non inferiore nel minimo a 3 anni**

– la PUNIBILITA' è subordinata alla **condizione di procedibilità** che il reo SI TROVI NEL TERRITORIO ITALIANO

– **NB ECCEZIONE** ex art. 604cp per i delitti **contro la personalità individuale e la libertà sessuale,** i quali sono puniti INCONDIZIONATAMENTE (se compiuti da un italiano o in danno di un cittadino italiano)

b) commessi da uno STRANIERO contro un cittadino italiano o ai danni del nostro stato

– ex art. 10cp l'applicabilità della legge penale italiana, in virtù del **principio di soggettività passiva,** si ha per delitti puniti con **l'ergastolo**
  con la reclusione **non inferiore nel minimo a 1 anno**

– le **condizioni di procedibilità** previste sono più rigorose:

1) RICHIESTA DEL MINISTRO della giustizia (e se necessaria la querela della persona offesa)
2) presenza del colpevole NEL TERRITORIO ITALIANO

STRUMENTI DI COLLABORAZIONE INTERNAZIONALE

RINNOVAMENTO DEL GIUDIZIO

art. 11cp: "*Nel caso indicato nell'articolo 6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia stato giudicato all'estero.*

Nei casi indicati negli articoli 7, 8, 9 e 10, il cittadino o lo straniero, che sia stato giudicato all'estero, è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il Ministro della giustizia ne faccia richiesta."

→ il cittadino e lo straniero che abbiano commesso un reato NEL TERRRITORIO dello stato, vengono sempre giudicati in Italia, **anche se vi è già stato un giudizio penale all'estero**

→ nel caso invece di delitto commesso ALL'ESTERO, ma punibile in Italia ex artt. 7-10cp, si procede alla rinnovazione del giudizio **solo** se vi è **richiesta da parte del Ministro della giustizia**
  - in questi casi l'art. 138cp prevede che la *pena scontata all'estero sia computata tendendo conto della specie*

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **NB** il complessivo ***atteggiamento di sfiducia*** del nostro ordinamento nei confronti della giurisdizione degli altri paesi, è stato superato a seguito degli **impegni presi in sede di UE**
  - in particolare l'ACCORDO DI SCHENGEN ha introdotto il **principio del *NE BIS IN IDEM***, in virtù del quale è vietato procedere una 2° volta quando già vi sia stato un giudizio di condanna per il medesimo fatto, e la relativa pena sia già in corso di esecuzione o sia stata già scontata

RICONOSCIMENTO DI SENTENZE PENALI STRANIERE

Art 12 cp prevede che il nostro OG non esegua automaticamente le sentenze penali straniere ma può riconoscerle con effetti limitati, non si rifà il processo ma si prendono in considerazione alcuni effetti.

- ex art. 12cp queste pronunce se emesse per un delitto, possono SPIEGARE EFFETTI nel nostro ordinamento per quanto attiene:
  a) alla **dichiarazione di recidiva, di abitualità**, di professionalità, tendenza a delinquere..
  b) l'applicazione di una **pena accessoria** o di una **misura di sicurezza personale**

se la sentenza straniera riguarda un delitto, può produrre effetti in Italia solo per due fini.
1. tenere conto e valutare la pericolosità del soggetto o applicare aggravanti.
2. applicare pene accessorie o misure di sicurezza

- il riconoscimento è subordinato all'esistenza di **un trattato di estradizione con il paese straniero** che l'ha emessa, o se tale trattato non esiste, alla **richiesta del Ministro della giustizia**

requisiti

- **NB** la disciplina codicistica è stata incisa dagli obblighi assunti in **sede di UE,** la quale ha emanato alcune **DECISIONI QUADRO**, finalizzate al **reciproco riconoscimento delle sentenze penali** tra i paesi membri
  - il dlgs 161/2010 ha recepito la *decisione quadro*, andando a specificare che la sentenza di condanna emessa da un paese dell'Unione viene eseguita in Italia alle seguenti **CONDIZIONI:**
    1) che la persona condannata
       - abbia la **cittadinanza italiana**
       - abbia la **residenza**, la **dimora** o il **domicilio** in IT, o debba essere **espulsa** verso l'Italia a motivo di un ordine di espulsione contenuto nella sentenza
       - **si trovi nel territorio** dello stato o in quello dello stato di emissione
       - abbia prestato il suo **consenso** (ma non per tutti i casi è necessario)
    2) il fatto per il quale vi è stata condanna sia previsto come **reato anche dalla legge italiana**
    3) la **durata e la natura della pena** o **della misura di sicurezza** applicate dallo stato di emissione siano compatibili con la legislazione italiana

ESTRADIZIONE

- istituto di diritto internazionale che si sostanzia nella **consegna** da uno stato a un altro che ne fa richiesta, **di un soggetto che deve essere giudicato per i suoi crimini**
  - *estr. passiva*
  - *estr. attiva*

- DISCIPLINA:
  1) si base su **CONVENZIONI BILATERALI** che individuano gli obblighi reciproci degli stati che le sottoscrivono
  2) nel nostro ordinamento viene regolato da alcune norme del **codice di procedura penale**
     - sottolineano la prevalenza delle *fonti pattizie*
  3) l'art. 13 del **cp** ne disciplina alcuni aspetti

art. 13cp: "*L'estradizione è regolata dalla legge penale italiana, dalle convenzioni e dagli usi internazionali.*
L'estradizione non è ammessa, se il fatto che forma oggetto della domanda di estradizione, non è preveduto come reato dalla legge italiana e dalla legge straniera.
L'estradizione può essere concessa od offerta, anche per reati non preveduti nelle convenzioni internazionali, purché queste non ne facciano espresso divieto.
Non è ammessa l'estradizione del cittadino, salvo che sia espressamente consentita nelle convenzioni internazionali"

  4) la **costituzione** stabilisce precisi limiti agli artt. 10 e 26

VINCOLI e PRINCIPI DELL'ESTRADIZIONE ATTIVA E PASSIVA

- requisito della **DOPPIA INCRIMINAZIONE** (art. 13.2cp):
  il fatto per cui viene chiesta o concessa l'estradizione deve essere considerato come **reato dalla legge italiana da quella straniera**

NB es. se il fatto in IT è punito con una sanzione amministrativa, l'estradizione non può essere concessa

- c.d. **PRINCIPIO DI SPECIALITA':**
  la concessione dell'estradizione è subordinata alla condizione che per un **fatto anteriore alla consegna** (≠ da quello per il quale l'estr. viene concessa), l'estradato non venga sottoposto a restrizione della libertà personale, tranne che ***non abbia lasciato il territorio dello stato al quale è stato consegnato***

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'** e **DIVIETO DI *BIS IN IDEM***:
  l'estradizione non può essere concessa se per lo stesso fatto, nei confronti dello stesso soggetto, è **in corso un procedimento penale**, o se è stata pronunciata una **sentenza irrevocabile** nello stato
- **DIVIETI COSTITUZIONALI**:
  1) gli artt. 10 e 26 impediscono l'estradizione **per reati politici sia dello straniero che del cittadino**
     └ modo per preservare la persona da possibili persecuzioni da parte del potere costituito di uno stato
     il *delitto politico* è inteso solo in *senso **oggettivo***, con riferimento a fatti di reato commessi **per opporsi** a regimi che impediscono l'esercizio di diritti politici dei cittadini (in caso di attacchi terroristici, *soggettivamente motivati* da ragioni politiche, è prevista l'estradizione)
  2) sulla base di *altri principi costituzionali, il cpp* pone il divieto di estradizione nei casi in cui l'imputato corra il rischio, **nel paese richiedente**, di essere sottoposta a:
     - atti **persecutori**
     - **discriminazioni** per motivi di razza, lingua, religione, sesso, opinioni politico, condizioni personali..
     - **pene e trattamenti** crudeli, disumani o degradanti
     - atti che si configurano come **violazioni di uno dei diritto fondamentali delle persone**
       └ da cui discende l'esplicito divieto nel cpp di concedere l'estradizione per un reato che è punito con la pena di morte

→ l'estradizione viene concessa in seguito a VALUTAZIONI svolte dalle autorità italiane sulle singole richieste, con accertamenti nei limiti indicati

MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

└ consiste in un **provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria** di un paese membro, che impegna tutti gli altri stati a darvi esecuzione, per **l'arresto di un ricercato**

- è l'istituto di diritto europeo che **ha sostituito l'estradizione** tra i paesi facenti parte dell'Unione
  quale ordinario strumento di collaborazione tra ordinamenti penali ≠
- **NB** l'emissione e l'esecuzione del mandato di arresto sono di ESCLUSIVA COMPETENZA GIURISDIZIONALE, e prescindono da qualsiasi intervento dell'autorità governativa (come il Ministro della giustizia)
- con riferimento a una serie di reato indicati nella DECISIONE QUADRO, non è previsto il requisito della *doppia incriminazione*
- non può essere emesso per **reati politici**, tranne che per fatti di genocidio o per delitti di terrorismo
- l'esecuzione del mandato di arresto E' SUBORDINATA al **rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e delle altre garanzie personali della costituzione**
- la l.69/2005 prevede alcune ESCLUSIONI SOGGETTIVE che impediscono l'esecuzione del mandato o la sottopongono a rigide condizioni, quando il soggetto ricercato sia un minore, una donne incinta o una madre di prole di età inferiore ad anni 3

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA STRUTTURA GENERALE DEL REATO

LE TEORIE SULLA STRUTTURA DEL REATO

- **MODELLO ANALITICO** dello studio del reato
  - l'**indagine analitica** del reato venne avviata dalla SCUOLA CLASSICA, che affrontò in **modo scientifico** lo studio del diritto penale, considerando il *reato* quale **ENTE GIURIDICO ASTRATTO**
    - venne scomposto in 2 elementi:
      1. **forza fisica** (elemento oggettivo)
      2. **forza psichica** (elemento soggettivo)
  - **NB** tale approccio (garante di esigenze di chiarezza) aveva portato ad un *eccesso di concettualismo dogmatico*, che faceva smarrire il significato unitario che il reato deve mantenere per la dichiarazione di responsabilità
- **MODELLO SINTETICO**
  - venne introdotto da alcuni studiosi tedeschi in critica al modello analitico, intorno agli anni '30
  - si basa sul ricorso all'**INTUIZIONE** come strumento di analisi del reato, ritenendo che il giudice possa cogliere l'essenza (unitaria) del reato solo attraverso un *approccio intuizionistico*
    - senza parcellizzarlo in una molteplicità di elementi
  - **NB** tale metodo di analisi del reato lascia però una così ampia **discrezionalità al giudice** quasi da sconfinare nel *mero arbitrio*
  - a conferma dell'ARBITRARIETA' del metodo emergono 2 fattori di crisi del diritto penale tedesco durante il nazionalsocialismo: 1) l'ingresso dell'analogia in materia penale
    2) il diritto penale d'autore

→ UNICO approccio possibile è quello di tipo analitico, e sulla base di questo la dottrina ha elaborato *diversi modelli* finalizzati ad incasellare entro categorie generali gli elementi costitutivi della fattispecie

CONCEZIONE BIPARTITA

- il reato si compone di 2 elementi:

1) **FATTO OGGETTIVO:**
   composto da:
   - ***elementi positivi***: tutti gli elementi oggettivi richiesti dalla singola fattispecie (per l'omicidio, la morte..)
   - ***elementi negativi***: situazioni in presenza delle quali il fatto è autorizzato o imposto dall'ordinamento giuridico
     sono le c.d. CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE, che possono autorizzare o imporre un fatto che in loro assenza costituirebbe reato
2) **ELEMENTO SOGGETTIVO**:
   la coscienza e volontà dell'azione o omissione, dolo, colpa

- per i sostenitori di tale teoria, la bipartizione corrisponde alla disciplina del codice come emergerebbe dal **raffronto tra gli artt. 49 e 59cp**
  - analizzano 2 tipi di *errore* (uno sul fatto; uno sull'esistenza di una causa di giustificazione) si può evincere la loro specularità e coincidenza di disciplina

CONCEZIONE TRIPARTITA

- gli elementi costitutivi del reato vanno ricondotti a 3 categorie:

1) **FATTO TIPICO:**
   elementi oggettivi del reato
2) **ANTIGIURIDICITA':**
   cause di giustificazione
3) **COLPEVOLEZZA**:
   elementi soggettivi che consentono di muovere al soggetto un rimprovero per il fatto commesso

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- i sostenitori sottolineano i 2 VANTAGGI di questa teoria:
  a) si adegua meglio al **procedimento di accertamento giudiziale** del reato
     - il giudice in primo luogo accerta l'elemento oggettivo, poi l'assenza di una causa di giustificazione, e infine l'elemento soggettivo
  b) consente di far emergere le **specifiche funzioni a cui rispondono le 3 categorie**
     - il fatto tipico permette di **individuare le modalità di offesa** del bene giuridico
     - sottolinea la natura non strettamente penale delle scriminanti, ma sarebbero ***norme generali dell'intero ordinamento giuridico,*** che rendono legittimo il fatto in qualsiasi settore dell'ordinamento
     - la colpevolezza esprime l'esigenza di **rimproverabilità soggettiva** per il fatto commesso
- **NB** i sostenitori della teoria bipartita criticano questo approccio, sostenendo che l'ANTIGIURIDICITA' non costituisce una *categoria autonoma*, ma *integra l'essenza stessa del reato* (cioè la contrarietà all'ordinamento)

CONCEZIONE QUADRIPARTITA

1) **FATTO TIPICO**:
2) **ANTIGIURIDICITA'**
3) **COLPEVOLEZZA**
4) **PUNIBILITA':**
   situazioni che per esigenze di politica criminale, escludono l'applicazione della pena pur in presenza degli altri elementi costitutivi del reato
   - sono le c.d. ***cause personali di non punibilità*** (es. le immunità o le cause sopravvenute di non punibilità)

- **NB** l'orientamento dottrinale prevalente però è **contrario a includere la punibilità** tra gli elementi costitutivi del reato, perché le *ragioni* che portano il legislatore a prevedere la non applicazione della pena riflettono esigenze di politica criminale estranee al divieto che sta alla base del reato

LA DISTINZIONE TRA DELITTI E CONTRAVVENZIONI

- il REATO è quell'illecito per il quale l'ordinamento prevede come **conseguenza sanzionatoria una PENA**
- i reati si distinguono in *delitti* e *contravvenzioni* in ragione del **CRITERIO FORMALE della pena principale** per essi prevista
  - la distinzione, quindi, **non è data dalla gravità delle sanzioni,** perché talvolta i delitti sono puniti meno severamente di alcune contravvenzioni
- a questa distinzione corrispondono **differenti regole di disciplina**
- CRITERI SOSTANZIALI volti a razionalizzare la ripartizione tra delitti e contravvenzioni:
  a) minore gravità del reato
  b) le contravvenzioni possono essere ricondotte a 2 tipologie di fattispecie che tipizzano particolari violazioni: di prescrizioni a contenuto cautelare, e inerenti ad attività sottoposte a controllo
- **NB** in prospettiva di riforma, parte della dottrina propone di superare la dicotomia tra delitti e contravvenzioni in favore di una unitaria categoria di reati (proposta dal progetto di riforma NORDIO)
  - però la scelta tra i due modelli (unitario o bipartito) va fatta in base all'esigenza di politica criminale: se si vuole garantire un **sistema penale flessibile** con illeciti a **disciplina differenziata**, sarà meglio adottare la bipartizione

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

SOGGETTI

IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO

└è chi realizza il fatto descritto dalla singola fattispecie incriminatrice

- reati la maggior parte delle fattispecie è costruita in **forma MONOSOGGETTIVA** (per la commissione del reato è sufficiente l'intervento di una sola persona), ma ci sono anche i c.d. reati **A CONCORSO NECESSARIO** (la fattispecie incriminatrice richiede come elemento costitutivo del reato, la presenza di più soggetti attivi)
- il soggetto attivo può essere solo la **PERSONA UMANA**
  └nel nostro ordinamento gli *enti* sono esclusi dalla responsabilità penale, ma tale esclusione è stata recentemente messa in discussione

REATI COMUNI E PROPRI

a) **REATI COMUNI:**
possono essere compiuti da chiunque

b) **REATI PROPRI**:
la stessa norma incriminatrice richiede, come elemento costitutivo di fattispecie, la presenza di particolari qualifiche personali in capo al soggetto attivo (detto in questo caso ***intraneus***)
- si identificano in base:
  1) alla **qualifica dell'autore**
     può essere ***naturalistica*** (madre nel delitto di infanticidio)
     giuridica (pubblico ufficiale nei delitti contro la PA)
     RAGIONI alla base delle qualifiche personali: particolare **legame** con il bene giuridico tutelato
     particolare **rimprovero di colpevolezza**
  2) alla **delimitazione dei destinatari** del precetto
     nonostante ci sia scritto *chiunque*, ad es. il delitto di abbandono di minori può essere commesso solo da chi ha un dovere di cura verso il soggetto abbandonato
- tra i reati propri va considerata la *sottocategoria* dei **reati DI MANO PROPRIA**, per i quali è necessario che sia sempre il soggetto titolare della qualifica a tenere la condotta tipica, anche in caso di concorso con + persone (es. delitto di incesto)

LE IMMUNITA'

- sono le c.d. **CAUSE PERSONALI DI ESENZIONE DALLA PENA:** vanno ad escludere la punibilità del soggetto, derogando al regime giurisdizionale comune
- sono istituti diretti a **tutelare lo svolgimento di determinate funzioni** attraverso la PROTEZIONE dei loro titolari

- rappresentano la ECCEZIONI al **carattere obbligatorio** della legge penale ex art. 3cp
  NB in realtà **non** si tratta di ***limiti*** all'obbligatorietà della legge penale, perché i soggetti interessati sono sempre obbligati a rispettare la legge, ma alla commissione del reato **non segue l'applicazione della pena**
- TIPOLOGIE:

a) in base alla *fonte*:
   - immunità di **diritto pubblico interno**
   - immunità di **diritto internazionale**

b) in base al reato commesso *fuori/dentro l'esercizio delle funzioni*:
   - immunità **funzionali**
   - immunità **extrafunzionali**

c) in base *a ciò che tutelano*:
   - immunità **sostanziali**: cause personali di non punibilità
     - rendono lecito un fatto che costituirebbe reato
   - immunità **processuali**: comportano l'esenzione dalla giurisdizione penale o ostacoli processuali

- PROBLEMATICITA' e COMPATIBILITA' con l'art.3 cost
  - richiesta di una *giustificazione* all'interruzione del *legame tra reato e sanzione*
  - **NB** sotteso all'immunità deve esserci un **interesse** di rilevanza costituzionale per operare un **ragionevole bilanciamento** con l'art.3

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IMMUNITA' DI DIRITTO PUBBLICO INTERNO

└sono espressamente previste dalla COSTITUZIONE o da LEGGI COSTITUZIONALI, e quindi non sollevano problemi di copertura costituzionale

PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

1) **immunità** (funzionale) **sostanziale:**
   ex art. 90cost non risponde degli **atti commessi nell'esercizio delle sue funzioni** TRANNE CHE per:
   a) **alto tradimento**
   b) **attentato alla costituzione** (fatti violenti e diretti a mutarla)
   casi nei quali viene messo in STATO DI ACCUSA dal parlamento in seduta comune a maggioranza assoluta dei suoi membri, ed è giudicato dalla corte costituzionale a composizione integrata
2) **immunità** (extrafunzionale) **di diritto processuale**:
   vige un DIVIETO ASSOLUTO di **intercettazioni e di altre limitazioni della libertà**, ma NON E' CHIARO se è possibile **sottoporre a procedimento penale** il Presidente durante il suo *settenato* (la tesi prevalente sostiene la procedibilità solo alla *scadenza* del mandato)

PARLAMENTARI

1) **immunità sostanziale**: interessa le **opinioni espresse e i voti dati** nell'esercizio delle funzioni
   ├riguarda in particolare i *reati di diffamazione* e di *vilipendio delle istituzioni*
   └ex art. 68.1 è richiesto un NESSO FUNZIONALE tra le opinioni espresse (anche fuori dal parlamento) e le funzioni esercitate
2) **immunità processuale:** ex art. 68.2,3 non consente l'adozione di specifici atti processuali senza l'autorizzazione della camera di appartenenza (perquisizioni; arresti o altre privazioni della libertà…

CONSIGLIERI REGIONALI

1) **immunità sostanziale** analoga a quella dei parlamentari

GIUDICI DELLA CORTE COSTITUZIONALE

1) **immunità sostanziale:** per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni
2) **immunità processuale** analoga a quella dei parlamentari

MEMBRI DEL CSM

1) **immunità sostanziale**: per le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle funzioni (ai sensi della l. 1/1981)

IL LODO ALFANO (l. 124/2008)

- aveva previsto la SOSPENSIONE DEL PROCESSO PENALE nei confronti delle alte cariche dello stato (salvi i casi previsti agli artt. 90 e 96)
- era una norma processuale con un **effetto sospensivo** particolarmente ampio, perché copriva anche reati non connessi all'esercizio delle funzioni
- la corte ne ha dichiarato **illegittimità** per violazione degli artt. 3 e 138, in quanto è stato ritenuto che *mancasse una copertura costituzionale idonea a giustificare la disparità di trattamento*

LE IMMUNITA' DI DIRITTO INTERNAZIONALE

└si fondano su **CONVENZIONI** internazionali, attuate mediante leggi ordinarie, alle quali però la corte **riconosce la copertura costituzionale ex art. 10**, dal momento che ritiene che si tratta di *norme generalmente riconosciute*

- CAPI DI STATO ESTERO:
  godono di un'immunità **assoluta** (sostanziale e processuale, funzionale ed extrafunzionale), quando si trovano in tempo di pace nel territorio dello stato italiano
- CORPO DIPLOMATICO E CONSOLARE:
  i diplomatici godono di un'immunità anche per gli atti commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni; mentre consoli e impiegati consolari hanno un'immunità funzionale e una parziale processuale
- PARLAMENTARI EUROPEI:
  simile a quella dei parlamentari italiani

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL SOGGETTO PASSIVO DEL REATO

└è il titolare del bene giuridico tutelato dalla fattispecie (c.d. ***persona offesa***)

- può essere:
  a) una persona fisica
  b) persona giuridica o ente collettivo privo di personalità giuridica
  c) può essere anche lo *stato*, nei c.d. delitti contro la pubblica amministrazione o una collettività di persone
- reati **plurioffensivi**: reati dove ci sono più soggetti passivi
  └es. la *calunnia*, che offende sia l'amministrazione della giustizia sia i beni personali della persona ingiustamente accusata, ha come soggetti passivi lo stato e la persona calunniata
- **NB** va distinto dall'**OGGETTO MATERIALE** del reato: la persona o la cosa su cui **cade la condotta del reato**
  └ però può capitare che ci sia *coincidenza* tra soggetto passivo e oggetto materiale (sequestro), ma in molti casi divergono (frode in assicurazione)
- **NB** va distinto anche dal **DANNEGGIATO**: chi ha subito dal reato un danno risarcibile (ex art 185 che prevede che ogni reato obbliga alla restituzione e al risarcimento del danno)
  └il soggetto passivo è normalmente il danneggiato dal reato, ma vi possono essere casi di danneggiati che non sono soggetti passivi (es. nel delitto di omicidio il soggetto passivo è la persona uccisa, mentre i familiari della vittima sono i danneggiati)
- RILEVANZA DELLA PERSONA OFFESA:
  a) in alcuni casi è richiesta una **specifica qualifica** in capo al soggetto passivo come **elemento costitutivo di fattispecie**
     es. nel delitto di oltraggio, il soggetto passivo deve essere un pubblico ufficiale
  b) altre volte le qualifiche del soggetto passivo rilevano come **elemento circostanziale** (es. l'attentato per finalità di terrorismo è aggravato se il fatto è commesso contro giudici)
  c) il soggetto passivo può fondare una **causa di non punibilità**
  d) il consenso del soggetto passivo alla lesione dei diritti disponibili costituisce una **causa di giustificazione**
  e) nei **delitti procedibili a querela**, il soggetto è il titolare del diritto di presentare querela
     come regola generale i reati sono *procedibili d'ufficio* (il pm appresa la notizia di reato, deve effettuare le indagini necessarie); per altri reati è invece preminente l'*interesse del titolare del bene* per l'avvio del procedimento penale
  f) rileva anche sul **piano processuale** (es. può essere solo la persona offesa a fare opposizione alla richiesta di archiviazione del pm)
- VITTIMOLOGIA
  ├branca della **criminologia** che ha ripreso l'approfondimento delle **indagini sulla vittima**
  ├ha osservato come la vittima giochi ruolo diversi, a volte anche attivo nella genesi del reato
  └dalla **valorizzazione del ruolo della vittima** è stata elaborata la c.d. **giustizia riparativa**, che privilegia la composizione del conflitto tra i soggetti, al posto della sanzione

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONDOTTA ED EVENTO

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL FATTO DI REATO

└sono i c.d. ***elementi oggettivi essenziali***, che integrano il ***fatto tipico*** (primo elemento oggetto di accertamento)

1) CONDOTTA (o *azione)* e i suoi presupposti
2) QUALIFICHE SOGGETTIVE DEL SOGGETTO ATTIVO E PASSIVO
3) OGGETTO MATERIALE DELLA CONDOTTA
4) EVENTO
5) RAPPORTO DI CAUSALITA' che lega l'evento alla condotta dell'autore

CONDOTTA E SUITAS

└è il **primo elemento** del fatto tipico e costituisce un **requisito indefettibile** del reato, dal momento che se esistessero reati senza condotta, sarebbe *violato il* ***principio di materialità*** *del reato* (ex art. 25.1cost)

- **NB** parte della dottrina CONTESTA tale tesi, ritenendo che possano esservi **reati di sospetto o di posizione**
  (es. caso di incriminazione del possesso di chiavi alterate o di armi da guerra)
  └anche in questi casi però non viene incriminato uno *status* del soggetto, ma una **condotta attiva di esercizio di un potere di disposizione** sul bene in possesso!
- TIPOLOGIE di condotta umana:
  a) **ATTIVA** (detta anche *azione,* in senso stretto):
     quando si estrinseca in un movimento muscolare
     └il precetto è costituito da una **norma di divieto**
  b) **OMISSIVA:**
     quando consiste in un *non facere*
     └il precetto è costituito da una **norma di comando**
  └una ***nozione unitaria*** *di "azione"*, che costituisca una **categoria generale** capace di includere tutte le possibili forme, la dottrina ha riconosciuto che sia impossibile da dare (considerando anche la c. doloso e colposa..)

- ELEMENTI imprescindibili della condotta per fondare la RESPONSABILITA' per qualsiasi reato:

ex art. 42.1cp: "*Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà"*

1) **COSCIENZA**
2) **VOLONTA'**

} riferite esclusivamente all'azione od omissione, non all'intero fatto di reato (≠ dal con dolo!)

in base alla collocazione nella ZONA LUCIDA DELLA COSCIENZA vi sono:

a) casi di coscienza e volontà REALI**:** condotte che corrispondono a un **dato psicologico effettivo**
   ♦ movimento muscolare che aziona arma
b) casi di coscienza e volontà POTENZIALI**:** condotte che si collocano **al di sotto della zona lucida**, *non* sono quindi sorrette da coscienza e volontà *effettive*, ma sarebbe *irragionevole* considerarle sempre *irrilevanti* dal momento che sarebbe bastato un **maggiore sforzo del volere** (più attenzione) per evitare l'evento
   ♦ caso di *atti abituali o automatici*, come buttare per terra un mozzicone o andare a lavoro
c) ci sono anche casi in cui però non è possibile ravvisare ALCUNA coscienza e volontà, e anche mediante un maggior sforzo del volere il soggetto non avrebbe impedito l'azione o omissione
   ♦atti omissivi o riflessivi, come buttare le braccia in avanti quando si cade

→ **NB** se sussiste coscienza e volontà dell'azione o omissione si può dire che la **CONDOTTA SIA PROPRIA DEL SOGGETTO**, gli appartenga, sia opera sua (da qui l'uso della parola ***SUITAS***, dal pronome latino *suus*)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– CASI IN CUI NON SUSSISTE la suitas:
  1) in presenza di **FORZA MAGGIORE** ex art. 45cp
     └ *vis maior cui resisiti non potest:* forza della natura improvvisa, alla quale il soggetto non può sottrarsi
       ♦ caso di chi viene spostato da una raffica di vento e cagiona lesioni alla persona con cui si scontra
  1) in caso di **COSTRINGIMENTO FISICO** ex art. 46cp
     ├ viene definito dalla cassazione come il *costringimento fisico radicalmente ablatorio della volontà,* una violenza tale da non consentire al soggetto alcuna possibilità di scelta
     └ del fatto commesso risponde l'autore della violenza: la condotta non è di chi materialmente l'ha realizzata
  2) in caso di **STATO DI INCOSCIENZA INDIPENDENTE DALLA VOLONTA'**
     es. movimento inconsulto di chi è in uno stato febbrile o di chi ha un malore improvviso in auto, *che causi una perdita o grave perturbamento della coscienza*

→ in questi 3 casi viene a mancare un elemento oggettivo del reato e ne consegue che il soggetto va assolto con la ampia formula "***perché il fatto non sussiste***"

I PRESUPPOSTI DELLA CONDOTTA

└ sono elementi che a volte la fattispecie richiede al momento della condotta, e che costituiscono il fatto di reato (rientrano anche nell'oggetto del dolo)

– TIPOLOGIE:
  a) **presupposti naturalistici**
     ♦come per il delitto di aborto, che presuppongono lo stato di gravidanza della donna
  b) **presupposti giuridici**: definiti attraverso il richiamo ad elementi normativi
     ♦nel delitto di bigamia è necessario che il soggetto sia già legato da un altro matrimonio

LA NOZIONE DI EVENTO

NB nel cp il termine viene usato in entrambe le accezioni, che poi starà all'interprete distinguere caso per caso

a) **EVENTO NATURALISTICO**: modificazioni del mondo esterno cagionate dalla condotta e considerate dalla legge come elemento costitutivo di fattispecie
   ├ l'evento risulta temporalmente e logicamente staccato dalla condotta
   └ è assente nei reati di pura condotta
   es. nell'interpretazione dell'art. 40cp

Prima c'è la condotta poi c'è l'evento. Non esiste per tutti i reati come ad esempio i reati di pura condotta (guido senza patente, non serve un'evento ma solo una condotta). La natura dell'evento è fattuale e materiale.

b) **EVENTO GIURIDICO**: offesa dell'interesse (o interessi) tutelati dalla norma incriminatrice
   └ che si può presentare in forma di *lesione* o di *messa in pericolo* dell'interesse
   ├ in questo caso l'evento non è separabile dalla condotta, perché è lo stesso fatto di reato visto sotto il profilo dell'offesa del bene giuridico
   └ accogliendo il *principio di offensività in astratto* (il reato posto a tutela di un bene giuridico), questo evento è presente in tutti i reati, anche in quelli sprovvisti di evento naturalistico
   es. nell'interpretazione della disciplina del dolo o del reato impossibile

Natura normativa. Non c'è una modifica materiale ma la lesione e la messa in pericolo dell'interesse protetto dalla norma. es. evasione offende la funzione rieducativa e repressiva della pena. L'evento coincide con la condotta.

DISTINZIONE DEI REATI IN BASE ALLA CONDOTTA

a) reati **DI AZIONE** e reati **DI OMISSIONE**:
   - di azione: la condotta si estrinseca in un movimento muscolare realizzato attraverso uno o più atti
   - di omissione: viene incriminato il *non agire* del soggetto quando una norma impone al soggetto di agire

b) reati **DI PURA CONDOTTA** e reati **DI EVENTO:**
   - di pura condotta: la fattispecie si esaurisce in una condotta attiva o omissiva
   - di evento: fattispecie nelle quali è presente come elemento costitutivo un evento naturalistico (non rilevano eventuali eventi derivati dal reato che non siano considerati dalla legge tra i requisiti di fattispecie)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

c) reati **A CONDOTTA VINCOLATA** e reati **A FORMA LIBERA:**
   - a condotta vincolata: fattispecie nelle quali vengono descritte le specifiche modalità della condotta (es. nel delitto di estorsione necessaria la violenza e la minaccia)
   - a forma libera: reati nei quali la legge attribuisce rilevanza a qualsiasi condotta che cagioni l'evento, e per i quali, quindi, prevale il semplice nesso di causalità (per questo anche definiti *reati causali puri* o *causalmente orientati*)

   la scelta del legislatore tra una o l'altra specie di reati riflette una **opzione di politica criminale** a favore di una tutela del bene giuridico più ristretta, ed è condizionata dalla rilevanza del bene

d) reati **ISTANTANEI,** reati **PERMANENTI** e reati **ABITUALI**:
   - istantanei: la condotta si realizza in un solo istante, e il reato quindi di consuma in uno specifico momento (es. furto, che si consuma quando il bene esce dalla sfera di disponibilità di chi sul bene ha un potere giuridico maggiore)
   - permanenti: la condotta si protrae nel tempo e alla stessa si accompagna il permanere dell'offesa al bene giuridico (es. sequestro di persona)

     in questi reati sono presenti **2 momenti**:
     1) il *momento iniziale* della permanenza (cd *perfezione del reato*): quando la protrazione della condotta per un certo lasso di tempo consolida l'offesa al bene
     2) il *momento finale* (cd *consumazione del reato permanente*): quando l'autore della condotta liberamente interrompe l'azione o quando altre circostanze la fanno cessare

     questa particolare struttura del reato permanente lo rende compatibile con i *beni giuridici comprimibili* (beni che non vengono pregiudicati in modo definitivo, ma che tornano nella disponibilità del loro titolare)
   - abituali: il fatto è descritto in modo da richiedere la reiterazione di una *pluralità di azioni* che, agli effetti della legge penale, vengono considerate *come una sola condotta* (es. delitto di maltrattamenti)

     il reato abituale può essere:

     a) **proprio**: i singoli comportamenti, considerati di per sé, non costituiscono necessariamente reato il profilo di offesa può essere apprezzato solo con l'unificazione normativa (es maltrattamenti)
     b) **impropri**: le singole condotte costituiscono di per sé reato, ma la loro reiterazione dà luogo ad una fattispecie di reato abituale (es. delitto di relazione incestuosa)
     c) ci sono poi reati cd ***eventualmente abituali***, che possono essere realizzati indistintamente attraverso un'unica condotta o la reiterazione di più condotte (molestia o disturbo alle persone)

     per parte della dottrina la rilevanza riconosciuta alla reiterazione esprime una tendenza a dare prevalenza al modo di essere dell'autore (l'offesa al bene si arricchisce del disvalore connesso a una certa condotta di vita) e quindi si evidenzia il rischio di un passaggio al diritto penale d'autore

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

REATI OMISSIVI

LA CONDOTTA OMISSIVA

└condotta che rileva nel momento in cui sussiste una norma che impone al soggetto di tenere una certa condotta
da cui discende il **carattere normativo dell'omissione**

- TEORIA DELL'***ALIUD AGERE*** elaborata dalla dottrina per non ridurre tale condotta **a mero *nihil agere***
  - il fondamento materiale dell'omissione consisterebbe nella *condotta attiva tenuta dal soggetto quando avrebbe dovuto agire*
  - svolge un'importante funzione sul **piano probatorio** nell'accertamento della *suitas* dell'omissione: è utile andare a vedere che cosa stesse facendo il soggetto quando aveva omesso la condotta doverosa
    - ♦ se un casellante omette di abbassare le sbarre del passaggio a livello causando un incidente tra una macchina e un treno, perché guardava la televisione o perché era stato legato alla sedia, nel 1° caso la *suitas* anche se potenziale c'è, nel 2° no
- TIPOLOGIE di REATI OMISSIVI:

a) reati omissivi **PROPRI**: è incriminata la semplice condotta omissiva
   - sono reati di *pura condotta* (es. omissione di soccorso)

b) reati omissivi **IMPROPRI**: consistono in un mancato impedimento di un evento che il soggetto aveva l'obbligo giuridico di impedire (es. madre che lascia morire il figlio neonato)
   - ex art. 40.2cp: *"Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*
   - a differenza dei primi, sono reati **ad evento naturalistico**, motivo per cui una parte della dottrina li preferisce definire ***reati commissivi mediante omissione***

- il FONDAMENTO dell'art. 40.2 è da rintracciare nei **PRINCIPI SOLIDARISTICI** del nostro ordinamento, che impongono ai consociati di agire per la salvaguardia di interessi ritenuti meritevoli di tutela la

→ sono un legittimo **strumento di politica criminale** in quanto finalizzati alla tutela di beni riconosciuti come meritevoli, e rispetto ai quali si vuole consolidare e rafforzare la tutela

- **NB** in un sistema penale fondato sul **principio di legalità** l'omissione è rilevanti in soli 2 casi:
  1) qualora sia **espressamente prevista come modalità della condotta** in specifiche fattispecie incriminatrici (come accade nei reati omissivi propri o che incriminano il mancato impedimento dell'evento)
  2) attraverso l'applicazione dell'art. 40.2cp che consente di **considerare equivalente** la condotta omissiva a quella attiva
     └cd ***clausola di equivalenza***

REATO OMISSIVO PROPRIO

└è un reato di pura condotta nel quale il fatto consiste e si esaurisce nell'omettere la condotta imposta dal precetto

♦ omissione di atti di ufficio: pubblico ufficiale che a fronte della richiesta scritta di chi vi abbia interesse, non adotta l'atto e non espone le ragioni del ritardo

- ELEMENTI DEL FATTO TIPICO:
  1) cd **SITUAZIONE TIPICA:** situazione di fatto, descritta dalla norma incriminatrice, in presenza della quale sorge l'obbligo giuridico di attivarsi
     - è un **presupposto della condotta**
     - può essere descritta attraverso **elementi descrittivi** (es nel caso dell'omissione di soccorso ex art 593cp) o
     - può essere arricchita di **elementi normativi** (es omissione di denuncia, che presuppone che il PA sia venuto a conoscenza di un reato procedibile di ufficio)
  2) **CONDOTTA OMISSIVA**: nella descrizione del fatto il legislatore indica in quale direzione il soggetto debba agire per evitare di trasgredire il precetto
     - ex art. 593 è necessario prestare aiuto o avvisare l'autorità
  3) **TERMINE DI ADEMPIMENTO**: termine entro il quale deve essere tenuta la condotta doverosa
     - può essere espresso o va desunto dal giudice attraverso l'interpretazione della norma
  4) **POSSIBILITA' DI AGIRE** del soggetto: la persona non sia impossibilitata per ragioni oggettive a tenere la condotta doverosa

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

REATO OMISSIVO IMPROPRIO

└consiste nel mancato impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire

art. 40.2cp: *"Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"*

└opera come **CLAUSOLA DI EQUIVALENZA** in quanto permette a determinate condizioni di equiparare la condotta omissiva a quella attiva

→ questa tipologia di reato nasce quindi dal **combinato disposto** di questa norma con le singole fattispecie di parte speciale

♦ in relazione all'art. 575cp, viene considerato equivalente al fatto di cagionare la morte di un uomo il non impedirla, sempre che sussista l'obbligo giuridico di impedirla

– il precetto del reato è costituito da una **norma di comando**, perché il soggetto risponde per aver omesso di impedire l'evento (infatti è un **reato di evento!)**

– PERPLESSITA' in ordine al rispetto dei *principi di riserva di legge* e *di determinatezza* riguardo*:*

a) l'ambito di **applicazione della clausola** di equivalenza
b) **individuazione dell'obbligo giuridico** di impedire l'evento
c) **accertamento del nesso causale** tra condotta omissiva ed evento non impedito

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA DI EQUIVALENZA

– è applicabile SOLO ai reati **CON EVENTO NATURALISTICO** in quanto si tratta di una norma inserita nella disciplina del **rapporto di causalità**
└vanno esclusi quindi tutti i reati di pura condotta

– NON si applica ai reati nei quali la **condotta omissiva è già prevista dal legislatore**

♦ art. 659 che punisce *chiunque non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone*

– NON si applica ai reati con **condotta a tipizzazione necessariamente attiva**
rappresenterebbe un'estensione indebita della condotta in contrasto con la riserva di legge

♦ il **delitto di truffa** punisce *chi con artifizi o raggiri, inducendo qualcuno in errore, procura a sé o altri un ingiusto profitto con altrui danno*
├pur essendo un reato con evento, la legge descrive la condotta in termini di *artifizi o raggiri* (alterazione della realtà e parole che inducono in errore) e quindi per **parte della dottrina non è applicabile l'art.40**
└una **parte di giurisprudenza invece ha equiparato** nel caso della cd *truffa contrattuale* (silenzio su alcuni elementi che avrebbero indotto la controparte a non concludere il contratto) il silenzio maliziosamente serbato da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di buona fede nelle trattative contrattuali all'artifizio/raggiro

→ l'ambito di applicazione della clausola di equivalenza è limitato ai **REATI CAUSALI PURI,** nei quali il legislatore considera **rilevante qualsiasi condotta** che sia causale rispetto alla realizzazione dell'evento
in particolare i delitti di omicidio, di lesioni personali, e alcuni delitti contro l'incolumità pubblica

OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO

– **NB** solo per i titolari di tale dovere l'omissione è equiparata alla condotta attiva

→ i reati omissivi IMPROPRI sono dunque REATI PROPRI in quanto presuppongono una **particolare qualifica personale** definita dalla titolarità dell'obbligo giuridico di impedire l'evento

– è un obbligo che deve **preesistere alla situazione di pericolo** per il bene

– **NB** l'art. 40cp si limita a richiedere un ***obbligo giuridico***
├è ESCLUSA quindi la rilevanza di obblighi di natura **meramente morale o di solidarietà sociale** (in ordine alla *laicità* dell'ordinamento)
└il cp non fornisce però criteri per l'individuazione di tale obbligo
motivo per cui sono state proposte diverse teorie

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

TEORIA FORMALE

individua l'obbligo giuridico **in FONTI FORMALI:**

a) nella **legge** (es. nel rapporto tra genitori e figli minori)
b) nel **contratto** (ex art. 1372cc *ha forza di legge tra le parti*)
c) la **precedente attività pericolosa** (es caso di chi, aperta una buca su una strada per effettuare dei lavori, ometta di predisporre le necessarie avvertenze)

→ per via del richiamo a queste **3 fonti**, è stata anche definita la ***teoria del trifoglio***

d) parte della dottrina ha aggiunto a queste fonti anche la consuetudine e la *negotiorum gestio*

– **CRITICHE**:

1) la fonte formale tecnicamente MANCA nell'ipotesi della *precedente attività pericolosa* (e in quest'ultima ipotesi viene sottolineato come per fondare la responsabilità penale non sia necessario ricorrere al reato omissivo improprio, dal momento che si fonda già sulla condotta attiva che ha posto il rischio
2) il richiamo a *qualunque fonte legale* rischia di produrre una eccessiva dilatazione della responsabilità penale
   ex l'art. 40cp qualsiasi obbligo di natura extrapenale si tradurrebbe in un obbligo penale, frustrando così le esigenze proprie del diritto penale il cui intervento dovrebbe essere *sussidiario e proporzionale*
3) nel caso della fonte contrattuale, basterebbe l'invalidità formale dell'atto a escludere l'obbligo giuridico di impedire l'evento

TEORIA FUNZIONALE (o sostanziale)

individua i soggetti obbligati ad impedire l'evento attraverso le cd **POSIZIONI DI GARANZIA**

– si basa sulla considerazione di casi in cui, essendo il titolare del bene giuridico non è in grado di tutelarlo adeguatamente, l'ordinamento individua la *figura di un **garante*** in modo da offrire tutela al bene

– REQUISITI della posizione di garanzia:

1) il garante deve essere titolare di **OBBLIGHI IMPEDITIVI** perché ne possa rispondere
   NON è sufficiente a fondare la responsabilità ex art. 40cp la presenza di ***meri obblighi di sorveglianza***, non accompagnati da poteri impeditivi di natura tale da impedire al garante di evitare il verificarsi dell'evento
   NON si richiede che il soggetto disponga di **poteri per impedire direttamente l'evento**, ma sono sufficienti anche **poteri di natura sollecitatoria**, volti a far intervenire chi dispone
   - ♦ agente che viene a conoscenza del compimento di un reato, ma non può intervenire personalmente e quindi dovrà segnalarlo appena possibile a chi è in grado di intervenire
   - ♦ la cassazione ha stabilito che dovesse rispondere una madre che non aveva impedito gli abusi sessuali commessi a danno dei figli
   - ♦ un sindaco è stato chiamato a rispondere della morte di due ragazze travolte da un masso staccatosi da una parete rocciosa, per l'omessa comunicazione all'autorità competente di un precedente evento franoso nella stessa zona
2) è necessario che il titolare dei poteri impeditivi sia anche **IN GRADO DI ESERCITARLI**
   - ♦ non risponde di omesso impedimento dell'evento morte il genitore incapace di nuotare che non soccorra il figlio in mare, ma ciò non lo esime dal chiamare i soccorsi, in quanto la mancata attivazione di questi poteri di natura sollecitatoria fonda la responsabilità per mancato impedimento dell'evento
3) la titolarità dei poteri impeditivi deve essere sempre **PRECOSTITUITA** rispetto alla situazione di pericolo in cui il bene viene a trovarsi
   la posizione di garanzia non si costituisce con la situazione di pericoli, ma deve precederla
4) la posizione di garanzia deve avere un **CARATTERE SPECIFICO**: il garante deve essere tale in relazione a specifici beni di specifici soggetti
   NON sono ammissibili posizioni di garanzia *a contenuto generale* perché contrasterebbe con il principio di determinatezza, e perché graverebbe un obbligo così ampio di impedire eventi lesivi da essere inesigibile

→ tale teoria coglie l'aspetto essenziale della **precostituzione di garanti** per salvaguardare beni **non adeguatamente tutelati** dal loro titolare, in conformità all'**idea solidaristica** dello stato sociale di diritto

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

TEORIA MISTA

- accoglie i principi elaborati dalla TEORIA FUNZIONALE ma richiede, al contempo, una BASE LEGALE delle posizioni di garanzia
  - è **SEMPRE NECESSARIO** che**:**

1) ci sia una LEGGE che fissi la posizione del garante, a cui ancorare la responsabilità per il mancato impedimento dell'evento, nel rispetto della *riserva di legge*
2) la POSIZIONE DI GARANZIA abbia i caratteri della precostituzione, della specificità e che dia al garante i necessari poteri impeditivi o sollecitativi

- è compito dell'interprete DIFFERENZIARE gli **obblighi di impedimento**, che fondano la posizione di garanzia, dai **meri obblighi di sorveglianza**, che prevedono solo doveri di sorveglianza che non permettono l'applicazione della clausola di equivalenza
- **NB** la titolarità però di una posizione di garanzia NON implica NECESSARIAMENTE la responsabilità per il mancato impedimento dell'evento: è comunque necessario accertare la sussistenza degli altri elementi costitutivi del reato (in particolare il nesso causale tra le condotta omissiva e l'evento, e la presenza dell'elemento soggettivo)

TIPOLOGIA DELLA POSIZIONI DI GARANZIA

A) **POSIZIONE DI PROTEZIONE**: impone di preservare il bene protetto dai rischi che possano lederne l'integrità
   - il garante ha sotto la sua sfera di protezione un bene che deve salvaguardare da possibili offese
   - ♦ rapporto tra genitori e figli minori
     - non è chiaro però rispetto a quali beni del minore si estenda la posizione di garanzia: la dottrina è divisa in particolare quanto ai beni patrimoniali
   - ♦ medico rispetto alla salute del paziente che ha in cura
   - ♦ gli insegnanti sono i garanti dell'incolumità fisica degli allievi di minore età
   - ♦ si ritiene che anche tra coniugi sussista una reciproca posizione di garanzia, a condizione che i soggetti siano legati da vincolo matrimoniale ex art. 143cc
     - la l.76/2017 sulle unioni civili ha similmente previsto che *dall'unione derivi l'obbligo di assistenza morale e materiale e alla coabitazione*

B) **POSIZIONE DI CONTROLLO**: impone a chi ha sotto la sua sfera di controllo una fonte di pericolo, di neutralizzare i rischi che da tale fonte possono derivare a terzi
   - ♦ proprietario di un animale o di un edificio pericolante o il datore di lavoro o il sindaco o il prefetto, garanti dell'incolumità fisica delle persone per danni derivanti da eventi naturali prodotti dal dissesto idrogeologico

C) una parte di dottrina ha aggiunto una *terza categoria* che ha ad oggetto **IL MANCATO IMPEDIMENTO DI REATI COMMESSI DA TERZI**
   - si tratta di un'applicazione dell'art. 40cp in **ambito concorsuale**, che concerne posizione che si potrebbero ricondurre alle due categorie tradizionali:
   - a) alcune sono assimilabili alle posizioni di protezione:
     - ♦ i responsabili di una struttura per anziani che non impediscono i maltrattamenti commessi a danno degli ospiti
     - ♦ gli appartenenti alle forze dell'ordine per reati non impediti di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio delle loro funzioni
   - b) altre volte assume i tratti di una posizione di controllo, nei casi in cui l'autore del reato è la fonte del pericolo:
     - ♦ persona a cui sia affidato un minore o un incapace e che non impedisca un reato commesso da quest'utlimo

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

TRASFERIMENTO E SUCCESSIONE DELLE POSIZIONI DI GARANZIA

NB le posizioni di garanzia possono essere:

a) ***originarie***: il garante è *individuato da una norma di legge*
   es per i figli minori la posizione di garanzia dei genitori è fondata sull'art. 147cc

b) ***derivate***: la posizione viene TRASFERITA ad un 2° garante

– **NB** bisogna distinguere:

1) in certi casi si tratta di **TRASFERIMENTO DEGLI OBBLIGHI** inerenti alla posizione di garanzia
   non viene trasferita *in toto* la posizione: potrebbe residuare in capo al primo una responsabilità per omesso impedimento dell'evento (es doveri di controllo che spettano cmq al datore di lavoro)

2) in altri casi avviene la **SOSTITUZIONE** di un garante con uno nuovo (**successione nella posizione di garanzia**)
   es caso di due medici che si sostituiscano al cambio turno
   l'individuazione delle AREE DI RESPOSABILITA' risulta complessa:
   - la giurisprudenza esclude che il 1° garante si liberi dall'eventuale responsabilità derivante dalla condotta da lui posta in essere per il solo fatto che, prima che si verificasse l'evento, sia subentrato il successore
   - solo un errore nuovo, idoneo ad aprire nuovi scenari di rischio, può portare ad escludere la responsabilità del 1° garante
   - spesso la successione dei garanti è riportabile ad un fenomeno di **concorso di cause** ex art. 41cp, con la responsabilità di entrambi i soggetti

– **REQUISITI per il TRASFERIMENTO** delle posizioni di garanzia:

1) **FONTE** idonea — la **legge** (es delega di funzioni nella prevenzione degli infortuni sul lavoro)
   il **contratto** (es contratto tra genitori e baby sitter)

2) la **CONCRETA presa in carico del bene** da parte del garante derivato
   in presenza di un concreto affidamento del bene diventano poi irrilevanti eventuali invalidità del contratto

3) **VOLONTA'** del titolare del bene o del garante originario **al suo trasferimento**
   parte della dottrina ESLCUDE che l'*assunzione unilaterale* possa fondare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento
   la cassazione PERO' ha dato rilevanza anche all'***ASSUNZIONE VOLONTARIA*** di una posizione di garanzia, basandosi sull'***oggettiva presa in carico:***
   - ♦ ha riconosciuto come responsabile di *omicidio colposo* il conducente che, accompagnando a casa una compagna della figlia, non aveva impedito che la minore venisse investita
   - ♦ ha riconosciuto come responsabile la guida, a cui il gestore di un rifugio aveva affidato il compito di seguire i clienti lungo una discesa con un faro, ma nel tragitto alcuni persero la vita perché si staccarono

LA RILEVANZA DELLE SITUAZIONI DI FATTO

– è CONTROVERSA la possibilità di fondare le posizioni di garanzia su *situazioni di mero fatto*

♦ caso dei **conviventi di fatto** che sono state regolamentate dalla l.76/2016 in modo ≠ dalle unioni civili, riproducendo solo per quest'ultime i *doveri di solidarietà* che valgono per i coniugi e che fondano reciproci obblighi di impedimento dell'evento

– **NB** ammettere la rilevanza *generalizzata* delle situazioni di fatto, dando massima rilevanza ai ***doveri di solidarietà sociale***, entra in collisione con i principi di riserva di legge e di determinatezza

♦ è stata per questo DISCUTIBILE la decisione della cassazione di riconoscere al figlio che non aveva impedito la morte dell'anziano padre temporaneamente convivente, per mancata e adeguata assistenza medica (la rilevanza penale è stata fondata sul ***dovere nascente dal costume sociale*** *a prescindere dall'individuazione di una specifica posizione di garanzia*)

– **NB** è possibile invece riconoscere la sussistenza di una posizione di garanzia fondata su situazioni di fatto nei casi in cui la stessa **LEGGE riconosca rilevanza all'assunzione di fatto** di poteri inerenti agli obblighi di tutela (pur SENZA la formale investitura)

♦ in tema di sicurezza sul lavoro è equiparato al datore di lavoro e al soggetto proposto, chi pur sprovvisto di formale investitura, *esercita in concreto i poteri giuridici corrispondenti a tali qualifiche*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

I PROBLEMI APERTI NELLA INDIVIDUAZIONE DELLE POSIZIONI DI GARANZIA

└cioè i problemi sollevati per l'individuazione della responsabilità penale per reato omissivo improprio

– sono fondati nell'**inadeguatezza della disciplina prevista ex art. 40.2cp**, non colmata dal diritto giurisprudenziale vivente, che registra **soluzioni non sempre univoche** in relazione all'individuazione dei garanti, dei beni oggetto di tutela, delle fonti della posizione di garanzia e **antitetiche rispetto ai pareri della dottrina**

→ il progetto della commissione Grosso di riforma della parte generale del cp, aveva proposto di **TIPIZZARE** con previsione espressa di legge le diverse posizioni di garanzia, individuando:

- le posizioni
- i soggetti responsabili
- ambito della responsabilità

il genitore è garante rispetto ai beni del figlio minore, limitatamente alle offese alla vita, all'integrità fisica, libertà individuale, integrità sessuale

└l'appartenente alle forze dell'ordine è tenuto nell'esercizio delle proprie funzioni, ad impedire reati della cui programmazione o esecuzione abbia conoscenza

...e tanti altri ruoli e posizioni di controllo, vigilanza e protezione

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

RAPPORTO DI CAUSALITA'

IL RAPPORTO DI CAUSALITA' IN AMBITO GIURIDICO E I LIMITI DELLA DISCIPLINA CODICISTICA

- il concetto di *causalità* appartiene a diverse branche del sapere; in ambito penale si traduce in un **problema di imputazione di un evento ad una condotta umana**
- FONDAMENTO COSTITUZIONALE: art. 27.1cost: "*La responsabilità penale è **personale**.*"
  - nei reati ad evento il rispetto ne viene garantito dalla presenza del nesso causale
  - è richiesto un ***coefficiente soggettivo minimo*** di imputazione, che presuppone una responsabilità per fatto proprio (cioè per un fatto che sia oggettivamente imputabile al suo autore)
- DISCIPLINA CODICISTICA:

1) riguardo il **NESSO DI CAUSALITA'**
   - art. 40.1cp: "*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione*"
   - si tratta di una disposizione POCO UTILE che si limita a **richiedere il nesso di causalità nei reati ad evento**
2) riguardo le **CONCAUSE**
   - causa che concorre insieme con altre a produrre un determinato evento
   - art. 41.1cp: "*Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento.*
     […]
     Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui"
   - il legislatore parte del presupposto che l'evento non è mai la risultante di un solo fattore e ciò che rileva è l'**efficacia causale della condotta umana** (*anche quando la causa […] consiste nel fatto lecito altrui*)
3) riguardo le **CAUSE SOPRAVVENUTE**
   - art. 41.2cp: "*Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita*"
   - parte della dottrina ha evidenziato la **contraddittorietà** della norma che, pur disciplinando un **concorso di cause, finisce per escluderlo** in quanto il solo fattore determinante è costituito dalle cause sopravvenute: se queste sono state da sole sufficienti a determinare l'evento, sono considerate l'unica causa determinante

→ per via dell'*inutilità* dell'art. 40 e delle *difficoltà interpretative* dell'art. 41, la dottrina ha indagato il problema della causalità elaborando impostazioni teoriche A PRESCINDERE dalla disciplina codicistica
- è stato **marginalizzato il dettato normativo** (eccetto l'art. 40 uc per la causalità omissiva) e si è cercato di adattare *ex post* i risultati della riflessione teorica alla lettera del codice

TEORIA CONDIZIONALISTICA (o della *condicio sine qua non*)

- la *causa* è l'**insieme delle CONDIZIONI NECESSARIE per la produzione dell'evento**
  - ogni condizione è necessaria ma non sufficiente rispetto all'evento
- → ai fini dell'accertamento della responsabilità penale è sufficiente che la **condotta umana costituisca UNA delle condizioni dell'evento**

- PROCEDIMENTO DI ELIMINAZIONE MENTALE:
  - modalità di accertamento della causalità della condotta
  - si parla anche di **giudizio contro-fattuale** per intendere che si tratta di un ragionamento ipotetico che si sviluppa "contro i fatti", chiedendosi come si sarebbero sviluppati gli accadimenti senza un fattore

  1) la condotta E' condizione necessaria se, eliminandola mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato
  2) la condotta NON E' condizione necessaria se, eliminata mentalmente…, l'evento si sarebbe ugualmente verificato

Teoria della causalità materiale per stabilire se una certa condotta ha causato l'evento. La causa è l'insieme delle condizioni necessarie alla produzione dell'evento. Un evento è causato da tutte quelle condizioni senza le quali non si sarebbe verificato. Ogni condizione è necessaria ma non sufficiente, per accertare la responsabilità penale dell'imputato è sufficiente che la sua condotta sia una delle condizioni che hanno portato all'evento.
Per verificare il NESSO (condotta imputato ed evento/reato) : processo di eliminazione mentale. Se no, si sarebbe verificato è condizione necessaria e può essere penalmente responsabile. Se si, non c'è nesso di causalità e l'imputato non è responsabile dell'evento.

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

Critiche: 1) regresso all'infinito (si rischia di considerare come cause anche le condizioni delle condizioni, allargando la responsabilità penale) ma non è del tutto fondata. La responsabilità penale richiede anche il principio di colpevolezza. 2) Procedimento di eliminazione mentale non funziona quando c'è una causalità alternativa ipotetica (tizio sarebbe comunque morto per malattia anche se il medico gli ha fatto un' iniezione letale). Questo ragionamento considera l'evento in astratto e non quello in concreto, cioè quello che rileva nel diritto penale. 3) se più persone agiscono insieme il fatto si può verificare anche senza uno di loro. Procedim. di eliminazione esclude il nesso per gli imputati, per questo bisogna guardare al complesso di fattori, non singola condotta.

- CRITICHE di parte della dottrina:
  a) c.d. **REGRESSO ALL'INFINITO**
     - rischio di estensione eccessiva della responsabilità penale data dalla considerazione tra le condizioni causali dell'evento anche delle ***condizioni causali delle condizioni***
     - **NB** l'obiezione PERO' NON TIENE CONTO del fatto che la responsabilità penale non si fonda solo su elementi oggettivi, ma richiede anche l'**accertamento della colpevolezza**
  b) c.d. **CAUSALITA' ALTERNATIVA IPOTETICA**
     - considerazione l'intervento di un ***fattore causale che avrebbe comunque prodotto l'evento*** all'incirca nello stesso momento in cui è intervenuta la condotta rispetto alla quale va accertata la causalità
     - in questo caso il procedimento di eliminazione mentale non sembra funzionare dal momento che pur eliminando la condotta del medico che ha fatto un'iniezione letale, il paziente sarebbe comunque morto
     - **NB** il ragionamento VIENE PERO' IMPOSTATO partendo da una nozione di **evento in astratto**, prescindendo dalle caratteristiche dell'**evento concreto *hic et nunc***
       - secondo termine essenziale nell'accertamento del nesso causale, la cui considerazione farebbe apparire irrilevante il fatto che il paziente sarebbe comunque morto per altri motivi
  c) c.d. **CAUSALITA' ADDIZIONALE**
     - quando l'evento deriva da azioni congiunte, tali che, se anche una venisse meno, non verrebbe meno l'evento, il procedimento di eliminazione mentale dovrebbe condurre ad escludere il nesso di causalità
     - **NB** si è obiettato che però il procedimento di eliminazione mentale va verificato rispetto al complesso dei fattori causali e non alle singole condotte

→ a buona parte della dottrina tale teoria è apparsa INADEGUATA dal momento che risolve in ***termini naturalistici*** il problema dell'accertamento della responsabilità
- l'evento che *da un punto di vista puramente naturalistico* è riconducibile a una condotta umana, NON NECESSARIAMENTE deve essere imputato all'autore della condotta ai fini della responsabilità penale
- la **scissione tra CAUSALITA' NATURALISTICA e IMPUTAZIONE GIURIDICA** è alla base di alcune teorie che si propongono come CORRETTIVI della teoria condizionalistica, andando a restringere l'imputazione di un certo evento ad una condotta di cui va **comunque accertato il carattere di *condicio sine qua non*** dell'evento

per molti inadeguata perché si limita a spiegare la causalità in senso naturalistico (evento è legato o no alla condotta), ma non basta per capire se qualcuno è penalmente responsabile, bisogna valutare se c'è colpa/dolo, se evento era prevedibile, se condotta è giuridicamente rilevante (o manca colpevolezza/cause di giustificazione).

TEORIA DELLA CAUSALITA' ADEGUATA

limita la responsabilità penale esclusivamente alle **condotte idonee a produrre l'evento**

- la VALUTAZIONE DI IDONEITA' va effettuata secondo un giudizio *ex ante*, accertando se al momento della condotta, questa costitutiva *in base alle massime di esperienza*, un FATTORE PROBABILE di causazione dell'evento
- **NB** questa teoria PERO':

1) **RESTRINGE ECCESSIVAMENTE la responsabilità penale,** andando ad escludere il nesso di causalità per:
   a) una condotta, che appariva ***ex ante* inidonea** a produrre un certo evento, ma che poi di fatto lo abbia prodotto
   b) gli ***effetti atipici*** che la stessa condotta abbia comunque prodotto
2) per parte della dottrina è ritenuta **PRIVA DI UN FONDAMENTO NORMATIVO**
   - si ritiene che l'art. 49cp, che esclude la punibilità quando, per *l'inidoneità dell'azione*, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso, non possa andare a fondare un limite all'imputazione dell'evento a fronte di condotte *ex ante* inidonee
3) potrebbe essere utile nel contesto del **DELITTO TENTATO**; MA la valutazione *ex ante* non si concilia con l'accertamento del nesso causale in caso di DELITTO CONSUMATO, dove è imposta una verifica *ex post* dell'efficacia causale della condotta

→ l'esigenza di limitare la responsabilità penale può essere meglio soddisfatta sul terreno dell'**ELEMENTO SOGGETTIVO**, che deve essere sempre accertato con un giudizio *ex ante*, al momento della condotta:
- potrebbe essere escluso il *dolo*, salvo che il soggetto si fosse rappresentato gli stessi come effetto della propria condotta
- per l'accertamento della *colpa* bisogna considerare la prevedibilità dell'evento, alla luce delle leggi scientifiche e delle massime di esperienza

Non basta che la condotta abbia effettivamente causato l'evento (causalità naturalistica) perché ci sia responsabilità penale, poiché quella condotta deve essere adeguata, quindi idonea EX ANTE a causare l'evento al momento del fatto. L'idoneità si valuta con un giudizio ex ante verificando se era probabile che la condotta portasse all'evento. Es. tizio spinge amico cade e muore (la causalità naturalistica verificherebbe l'evento collegato quindi imputabile, ma per questa teoria non c'è causalità adeguata perché non era condotta idonea ex ante a causare quell'esito).
Critiche: restringe troppo la responsabilità penale, manca base normativa nel codice penale, non funziona nei delitti consumati che richiedono una valutazione ex post, piuttosto è utile nei reati tentati.

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2 elementi: condotta deve essere valutata con il giudizio controfattuale, teoria condizionalista classica. Non deve essere intervenuto un fattore eccezionale che ha interrotto il nesso di causalità. uomo ha una sfera di controllo delle sue azioni e può quindi prevederle, ovvero sono dominabili, al contrario ci sono quelle non dominabili.

TEORIA DELLA CAUSALITA' UMANA (elaborata da Francesco Antolisei)

└la sussistenza del rapporto di causalità richiede **2 ELEMENTI** (uno *positivo* e uno *negativo*):

1) è necessario che la condotta costituisca ***condicio sine qua non*** dell'evento mediante giudizio contrafattuale
2) è necessario che NON sia intervenuto un **fattore eccezionale,** che INTERRompe il rapporto di causalità

– PRESUPPOSTI di partenza:

1) la causalità delle condotte dell'uomo presenta **proprie specificità:** l'uomo in forza dei suoi *poteri conoscitivi e volitivi*, ha una **SFERA DI SIGNORIA** che gli consente di dominare una serie di circostanze nelle quali si inserisce la condotta
2) ci sono 2 TIPI DI FATTORI:
   a) ***fattori dominabili****:* rientrano nella sfera di signoria dell'uomo, il quali li avrebbe potuti evitare
   b) ***fattori eccezionali****:* fuoriescono dalla sfera di signoria dell'uomo, e che non gli possono essere imputati in quanto imprevedibili

♦ se caio ferisce tizio con intenzione omicida, tizio viene portato in ospedale e lì muore, caio:

a) NON ne risponde se tizio sia morto per un incendio nell'ospedale durante il periodo di degenza
   └la condotta di caio che è condizione dell'evento morte, non è legata da un rapporto di causalità giuridica perché è intervenuto un fattore eccezionale — Tizio risponde solo delle lesioni
b) ne risponde se la morte di tizio sia dovuta all'imperizia del medico, dal momento che tale errore non è da considerare eccezionale — Tizio risponde della morte

→ questa teoria può essere **agganciata al dettato dell'art. 41cp**:

- il 1°c nell'affermare **l'IRRILEVANZA del concorso di cause** sul rapporto di causalità tra azione o omissione ed evento, esprime la teoria condizionalistica che attribuisce rilevanza *a tutte le condizioni dell'evento*
- il 3°c ribadisce il principio ed estende la disciplina dei primi due commi anche alle cause preesistenti, simultanee o sopravvenute che consistono nell'**illecito altrui** (es errore del medico)
- il 2°c fa riferimento alle cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento, che corrispondono a quei *fattori eccezionali* che interrompono il nesso causale
  └**NB** gli eventuali fattori eccezionali preesistenti o concomitanti alla condotta (non richiamati nella norma) possono rilevare attraverso l'estensione analogica di tale comma, in quanto si tratta di analogia *in bonam partem*

legame art 41 cp: dice che il concorso di cause non esclude il nesso causale, se c'è causa sopravvenuta da sola è sufficeinte a interrompere nesso, , stessa regola se è preesistente, simultanea, altrui.

– **NB** tale teoria è ACCOLTA dalla giurisprudenza che esclude il nesso causale tra la condotta e l'evento quando, pur essendovi una condotta condizionale, interviene un fattore eccezionale, come lo **sviluppo anomalo** e del tutto **imprevedibile della condotta precedente** o una causa **atipica**
  └ tale *INTERVENTO* del fattore eccezionale in pochi casi:

- non è stato considerato tale l'errore del medico
- sì invece l'attraversamento improvviso al semaforo rosso
- in caso di infortuni sul lavoro, non viene considerata fattore eccezionale la condotta del lavoratore inosservante delle cautele antinfortunistiche (tale da escludere il nesso con la condotta del datore che non ha adottato le necessarie misure preventive)
  └salvo il caso di un operaio che stava cercando di aggiustare la pala meccanica con cui stava lavorando, che una volta sbloccata lo aveva travolto

TEORIA DELL'IMPUTAZIONE OGGETTIVA DEL REATO

Teoria moderna riguardo il nesso causale nel diritto penale. Non è sufficiente che la condotta abbia causato l'evento materiale, ma bisogna valutare se sia giusto attribuire quell'evento al soggetto sul piano giuridico. L'imputazione oggettiva vuole individuare gli elementi effettivamente attribuibili alla condotta.

└affinchè un evento possa essere imputato ad una condotta sono necessari **3 REQUISITI**:

1) la **condotta** deve essere ***condizio sine qua non***
2) la **condotta** deve aver creato un **pericolo riprovato dall'ordinamento**
   └es il nipote che induca lo zio ricco a fare un viaggio in aereo, sperando che perisca durante un disastro aereo, non può essere imputato al nipote la morte, poiché l'*induzione al rischio del viaggio* rientra nell'ambito di rischio consentito (≠ conclusione se il nipote era a conoscenza di un'avaria del veicolo)
3) l'**evento** deve essere la **realizzazione del rischio non consentito**
   └nell'es della morte del soggetto ferito portato in ospedale e lì perito a causa di un incendio, il decesso non costituisce la concretizzazione del rischio prodotto dal ferimento

es. se la condotta è vietata, scorretta, socialmente non tollerabile.

→ introduce il **CRITERIO DELL'AUMENTO DEL RISCHIO** in funzione di restrizione dell'imputazione penale dell'evento

la condotta è penalmente rilevante solo se ha aumentato il rischio di verificazione dell'evento poi concretizzatosi.
Serve a restringere l'ambito di applicazione ma anche ad ampliarlo se applicato male.

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

critica 1 : "sposta tutto sul piano oggettivo", ciò significa che riguarda solo ai fatti esterni (oggettivi) e non tiene conto abbastanza del dolo e della colpa del soggetto, ciò non permette di considerare a sufficienza l'intenzione o la negligenza della persona. Critica valida perché? Perché il diritto penale è personale, ciò significa che non basta il fatto che sia oggettivamente rischioso, è necessario valutare anche l'intenzione (colpa o dolo).
2 medici hanno causato stesso danno al paziente, uno per un errore imprevedibile pur seguendo il protocollo, l'altro per negligenza grave. Se si considerasse solo l'imputazione oggettiva entrambi verrebbero puniti allo stesso modo ma bisogna verificare sul piano soggettivo la responsabilità che sarà molto diversa.

- CRITICHE:
  a) **spostamento** del problema di imputazione **sul PIANO OGGETTIVO** del nesso di causalità
     └ che può essere risolto sul piano dell'elemento SOGGETTIVO del dolo/colpa
  b) timore che il criterio dell'aumento del rischio porti ad **allentare l'ACCERTAMENTO del nesso di causalità**
     - si è concretizzato nei casi in cui la giurisprudenza, in tema di causalità della condotta omissiva, ha ritenuto *sufficiente* accertare che l'omissione **aumentasse il rischio di verificazione dell'evento**, in quanto con la condotta doverosa vi sarebbero state **più chance** di salvezza del bene

     in questo modo tale teoria AMPLIA la responsabilità penale
- APPREZAMENTO: limita la responsabilità penale, invece, se utilizzata in chiave di **DELIMITAZIONE della condotta penalmente rilevante**
  - possono essere imputate al soggetto solo le condotte che sono condizione dell'evento e che abbiano creato un rischio riprovato dall'ordinamento che si sia poi concretizzato nell'evento
  - in questa direzione la cassazione ha dato una ≠ **lettura della *causa sopravvenuta*** da sola sufficiente a determinare l'evento, tradizionalmente considerata dalla giurisprudenza come *fattore eccezionale*

♦ con particolare riferimento ai processi per **infortuni sul lavoro,** più recentemente una parte di giurisprudenza, invece di richiamare il *fattore eccezionale*, preferisce parlare di **evento NON RICONDUCIBILE ALL'AREA DI RISCHIO** inerente **all'attività svolta dal lavoratore** e **all'omissione di doverose misure antinfortunistiche** da parte del datore di lavoro
- il nesso di causalità sussiste/viene escluso in ragione della riconducibilità o meno dell'evento e della condotta che vi ha dato causa all'area di rischio propria della prestazione lavorativa
- il nesso VIENE MENO nel caso in cui il comportamento del lavoratore *sia del tutto **estraneo alle mansioni** affidategli o che, pur rientrando tra le mansioni, sia **lontano dalle ipotizzabili imprudenti scelte** del lavoratore*

→ tale teoria risulta quindi UTILE per attualizzare e adattare la nozione di *fattore eccezionale* interruttivo del rapporto di causalità (idem in tema di responsabilità medica)

Per causa sopravvenuta la cassazione non parla più solo di fattore eccezionale che interrompe il nesso. Preferisce dire che l'evento è estraneo alle mansioni e all'attività tipica, nel senso che il lavoratore fa qualcosa di estraneo all'area di rischio, diventando evento non imputabile al datore. Es. se il lavoratore si lancia dal tetto per divertirsi.

LA SUSSUNZIONE SOTTO LEGGI SCIENTIFICHE

└ giustificano la causalità di un certo fattore rispetto all'evento

♦ la causalità della condotta di tizio che spara nel petto di caio può essere accertata attraverso il procedimento di eliminazione mentale solo perché si conoscono gli effetti letali che provoca un proiettile che colpisce il cuore

- in presenza di **eventi di natura MULTIFATTORIALE** l'accertamento del nesso di causalità si complica (es tumori che possono trovare causa in diversi fattori)
- nella SPIEGAZIONE del nesso causale il giudice deve passare da un **metodo individualizzante ad un metodo *generalizzante***
  - deve fare la c.d. **DESCRIZIONE DELL'EVENTO**: astrarre dal caso concreto alcune delle connotazioni della specifica vicenda, considerando le modalità tipiche e ripetibili, rilevanti ai sensi della legge scientifica che spiega che a FATTORI GENERALI del tipo A (analogo al fattore che in concreto si è verificato, segue un EVENTO GENERALE di tipo B, analogo a quello che in concreto si è verificato

♦ la condotta di tizio che spara nel petto di caio è causale rispetto all'evento morte di caio, perché c'è una ***legge di copertura*** secondo la quale a condotte del tipo di quella tenuta da tizio segue l'evento morte
└ cioè una legge dotata di validità scientifica

→ il giudice è FRUITORE delle leggi scientifiche in modo da:
1) garantire il **massimo di certezza** nell'accertamento del nesso di causalità
2) assicurare la **controllabilità del giudizio**

- TIPOLOGIE di leggi scientifiche:
  a) **UNIVERSALI**: affermano che a un fattore segue nel 100% dei casi un certo evento
  b) **STATISTICHE** (o **probabilistiche**): consentono di affermare che ad A segue B solo in una certa percentuale di casi
     - sono la maggior parte
     - in questi casi il giudice dirà che *è probabile* che la condotta dell'agente costituisca una condizione necessaria dell'evento

critica 2 : a volte ci si accontenta del fatto che "la condotta ha aumentato il rischio" anche senza provare un legame diretto con l'evento. Usando il criterio dell'aumento del rischio in modo troppo generico si rischia di punire anche chi non ha colpe o non si ha la certezza. Es. bagnino che non salva la vita del bambino che stava affogando. Non è certo che il bagnino avrebbe potuto salvarlo ma si dice solo che se fosse intervenuto subito ci sarebbero state più possibilità. questo criterio trova fondamento nella responsabilità su un rischio aumentato, non su una causalità certa

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

Massime di esperienza, non sono scientifiche ma sono attendibili perché derivano da esperienza quotidiana, dati empirici e da osservazione ripetuta di fatti simili. Es. chi cade da 10 metri metri probabilmente si frattura o muore. Chi guida contromano rischio concreto di incidente mortale.
Assunzoni tacite nel senso che le leggi e principi si considerano vere ma non sono ancora dimostrate scientificamente, non in grado di dimostrare con certezza. Deriva da: convinzioni condivise, orientamenti consolidati in medicina, conoscenze pratiche non ancora verificabili.

- OLTRE le *leggi scientifiche* nell'accertamento del nesso di causalità la giurisprudenza riconosce:
  a) il ricorso anche a **GENERALIZZATE REGOLE DI ESPERIENZA**
     massime di esperienza che stabiliscono una connessione tra avvenimenti secondo **attendibili risultati di generalizzazioni** del senso comune
  b) c.d. **ASSUNZIONI TACITE**, che è compito del giudice il verificarne l'esistenza
     principi che si assumono per dimostrati o che la scienza non riesce a dimostrare
- **NB** il giudice deve considerare sempre **lo stato delle conoscenze** (le leggi scientifiche) **presenti AL MOMENTO DEL GIUDIZIO**
- **GRADO DI PROBABILITA'** che la legge di copertura deve avere per poter essere utilizzata
  vedi sentenza Franzese

la cassazione nella sentenza franzese ha stabilito che per accertare il nesso è sufficiente che ci sia una legge scientifica ad elevata probabilità logica, anche statistica, non serve certezza assoluta. Biosgna aggiungere una elevata credibilità razionale, quindi "oltre ogni ragionevole dubbio", più si che no.

LA CAUSALITA' OMISSIVA

caso in cui un soggetto omette di intervenire e i fatti si sviluppano secondo un ***decorso naturale***

- **NB** i problemi sul rapporto di causalità si AMPLIFICANO dal momento che l'evento è l'**effetto di una serie di fattori** *tra i quali non rientra la condotta omissiva*
  solo dopo aver accertato la loro efficacia causale ci si potrà interrogare sull'omissione della condotta

art. 40.2: "*non impedire un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo*"
afferma che la causalità omissiva ha una **natura IPOTETICO-NORMATIVA**:

1) *natura normativa* perché è la legge a considerare equivalente alla condotta attiva quella di omesso impedimento da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di impedirlo
2) *natura ipotetica* perché l'accertamento del nesso causale richiede un **ragionamento** di tipo ipotetico, o più propriamente **DOPPIAMENTE IPOTETICO**
   è necessario chiedersi 1) quale azione doverosa il titolare della posizione di garanzia avrebbe dovuto tenere
   2) se ipotizzando la condotta doverosa, l'evento sarebbe venuto meno

- **NB** condotta ATTIVA connotata da COMPONENTI OMISSIVE DELLA COLPA:
  che erroneamente poi viene ritenuta *omissiva*
  ha natura commissiva perché introduce nel decorso causale un **nuovo fattore di rischio** (l'omissione invece non introduce alcun fattore di rischio: i pericoli sono già in atto e il garante non li neutralizza)
  es. caso del medico che sottopone il paziente ad una terapia errata, omettendo di adottare quella corretta

LA GIURISPRUDENZA DELL'AUMENTO DEL RISCHIO

- **NB** dal momento che **manca il substrato naturalistico**, la giurisprudenza ha sviluppato la tendenza ad avere un MINOR RIGORE nell'accertamento della causalità omissiva, *accontentandosi* di **percentuali minori anche al 50%** di possibile impedimento della verificazione dell'evento
  era sufficiente che la condotta omissiva avesse **aumentato il rischio** di verificazione dell'evento

♦ in materia di **responsabilità per colpa professionale sanitaria** la cassazione negli anni **'80** afferma che non serva la *certezza*, ma ***serie e apprezzabili possibilità di successo***, tali che *la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata*
  ritenendo che quando è in gioco la vita umana **anche solo poche probabilità di successo** di un immediato intervento **sono sufficienti**
  fissa come soglia percentuale di probabilità di salvezza il **30%**

– parte della dottrina (in particolare Federico Stella) per superare tale ALLENTAMENTO DEL RIGORE ha insistito sulla necessità di un **IDENTICO GRADO tra causalità attiva e omissiva**

→ le 3 **SENTENZE BATTISTI** della cassazione nel settembre del **2000** in materia di responsabilità medica
  importante MUTAMENTO DI ORIENTAMENTO: è stato richiesto
  1) che l'accertamento della causalità omissiva avesse **lo stesso grado di quella attiva**
  2) che le leggi di copertura utilizzate avessero un **coefficiente percentualistico vicino a 100**
     con una probabilità confinante con la certezza
  si crea un contrasto giurisprudenziale tra sentenze favorevoli all'allentamento dell'accertamento e il nuovo orientamento, che viene risolto dalla c.d. *sentenza Franzese*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

SENTENZA FRANZESE

└fondamentale pronuncia della cassazione a sezione unite su un caso di **responsabilità medica per condotta omissiva**
└omessa valutazione di alcuni esami clinici

– ha fatto il punto:
  a) sulla causalità attiva e omissiva
  b) sul grado di certezza delle leggi scientifiche
     └risolve il quesito sul grado di probabilità vicino alla certezza riguardo l'evitabilità dell'evento con la condotta dovuta e omessa

→ la corte di cassazione distingue 2 NOZIONI di probabilità:
  1) **PROBABILITA' STATISTICA**: definisce la frequenza astratta tra determinati fenomeni ed è desunta dall'osservazione scientifica di questi
     └ad un fattore del tipo A seguono eventi del tipo B in X% di casi
       es la percentuale di efficacia di un certo farmaco per la cura di una malattia è del 40%
  2) **PROBABILITA' LOGICA** (o **credibilità razionale**): indica il grado di attendibilità della spiegazione del rapporto di causalità nel singolo caso concreto
     └al giudice spetta accertare se il caso concreto rientra tra quelli per i quali la legge statistica stabilisce la correlazione
       es se effettivamente il decesso del paziente sarebbe stato evitato, qualora al malato fosse stato somministrato il farmaco

– **NB** secondo il *giudizio di probabilità logica*, sussiste un rapporto di causalità se si può affermare che la condotta è stata causa dell'evento **AL DI LA' DI OGNI RAGIONEVOLE DUBBIO**
  significa che va ESCLUSO ***l'intervento di fattori causali alternativi*** dotati di efficacia esplicativa

♦ se tizio ha contratto l'AIDS, ha un rapporto non protetto con caia, e successivamente caia risulta sieropositiva, anche se la legge scientifica di copertura prevede che in questi casi ci sia **l'1% delle probabilità** di contagio, nel caso in cui caia non avesse avuto altri rapporti sessuali, non avesse fatto trasfusioni e non abbia usato siringhe infette (fattori causali alternativi al contagio) allora NON VA ESCLUSO il nesso causale

→ possono essere poste a fondamento del giudizio anche **leggi statistiche con frequenze molto basse**, basta che il giudice accerti che il caso concreto rientri al di là di ogni ragionevole dubbio nella percentuale fissata
  └gli viene imposto un rigore tanto maggiore quanto più è bassa la frequenza statistica della legge scientifica
  └qualora il **riscontro probatorio sia insufficiente** e incerto sulla ricostruzione del nesso causale, non gli rimane che la SOLUZIONE ASSOLUTORIA in forza del principio ***in dubio pro reo***

LE QUESTIONI APERTE DOPO AL SENTENZA FRANZESE

NB la giurisprudenza successiva si è UNIFORMATA ai principi di diritto fissati nella sentenza delle sezioni unite, ANCHE SE spesso il *recepimento* appare **più formale che sostanziale**
└pericolo della *degenerazione di tipo retorico*

– nel caso delle c.d. **PATOLOGIE MULTIFATTORIALI,** l'accertamento del nesso causale diventa più problematico
es lo sviluppo di un certo tumore in un operaio può derivare dall'inalazione di una sostanza cancerogena utilizzata dall'azienda o dal fatto che sia un tabagista
  – in questi casi la giurisprudenza ricorre alla *disciplina delle concause* ex art. 41per affermare la sussistenza del rapporto di causalità, MA va in concreto verificata la congiunta operatività dei diversi fattori causali, ***escludendo che l'intervento di uno sia tale da escludere l'efficacia di un altro***
  ➤ in sent del 2014 la cassazione afferma che *ciascuna ipotesi causale viene messa a confronto in chiave critica con le particolarità del caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla*
    sono le contingenze concrete del fatto storico che possono in alcuni casi consentire di risolvere il dubbio e di selezionare un ***accredita ipotesi eziologica***

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- in caso di **CAUSALITA' OMISSIVA** si dubita del passaggio dalla probabilità *statistica* alla probabilità *logica* (ben possibile nella causalità attiva, es HIV) con **leggi statistiche medio basse** è difficile arrivare a un giudizio di probabilità logica, **escludendo l'intervento di altri fattori causali** alternativi
  - pronunce che hanno ripreso il filone delle sentenze Battisti: necessità di leggi statistiche prossime a 100
    - PERO' eccessiva limitazione del nesso di causalità
  - **NB** la dottrina ritiene che per quanto si cerchi di equiparare la causalità omissiva a quella attiva, l'omissione presenta PROFILI DI MAGGIORE INCERTEZZA, che rende l'accertamento del nesso connotato di minor rigore; TUTTAVIA il ***rischio di ingannevoli distorsioni*** può essere evitato con una serrata ricerca e analisi delle **contingenze del caso concreto**

- **ATTENDIBILITA' DELLE LEGGI SCIENTIFICHE DI COPERTURA,** qualora vi siano orientamenti scientifici divergenti
  - a fronte dell'*incertezza* della scienza la cassazione ha affermato che l'affidabilità di una legge scientifica NON impone che la stessa goda di RICONOSCIMENTO UNANIME, *ma è necessario che il giudice tenga conto della teoria sulla quale si registra* ***preponderante consenso*** e maggiormente accreditata dalla comunità scientifica (principio contenuto nella **sentenza COZZINI** in merito alla responsabilità del datore di lavoro per la morte di operai, dovuta a mesotelioma pleurico causato dall'esposizione all'amianto, sostanza rispetto alla quale c'era incertezza scientifica sull'*effetto acceleratore della sostanza*)

- **GENERALIZZAZIONI DEL SENSO COMUNE** (massime di esperienza)
  - inevitabile ricorrervi dal momento che il diritto penale ha a che fare con condotte umane, e in certi casi rientra nel territorio delle scienze sociali
  - rischio che il potere discrezionale del giudice sia più ampio e si riduca a criteri puramente *intuitivi*
    - ridotto nel caso in cui le generalizzazioni siano fondate su parametri scientifici che riconfermino la valutazione che ricollega la condotta all'evento
- ♦ le evidenze di **natura epidemiologica**, fondate su studi riguardo la distribuzione e frequenza delle malattie, e che dimostrano come nella popolazione esposta a determinati fattori tossici ci siano eccessi di incidenza di determinate malattie, rispetto agli abitanti di altre zoni
  - parte della dottrina dubita che il giudice possa basarsi su esse, dal momento che la prossimità di una certa popolazione a una fonte tossica, nulla dice sulla causalità della sostanza rispetto allo specifico evento viene contestato il loro *carattere di legge scientifica*, dal momento che si tratta *rilevazioni statistiche* non falsificabili

LA DIFFERENZA TRA LA GIURISPRUDENZA PENALE E QUELLA CIVILE

- ≠ **INTENSITA' DEL NESSO CAUSALE**:
  a) la giurisprudenza *penale* è caratterizzata da una MAGGIOR RIGORE nella verifica del nesso causale, fondato sul giudizio dell'***oltre ogni ragionevole dubbio***
  b) la giurisprudenza *civile* invece si accontenta di un GRADO INFERIORE DI CERTEZZA, in quanto è sufficiente un giudizio sulla causalità fondato sul ***più probabile che non*** (preponderanza di evidenza)

→ **NB** fa riflette sui **LIMITI della TUTELA PENALE attraverso reati di evento**
- specie in ambiti in cui le leggi scientifiche non garantiscono sufficiente attendibilità, cosa che ha 2 RIFLESSI:
  1) la giurisprudenza, pur di assicurare la tutela penale, potrebbe essere indotta ad un **minor rigore** nell'accertamento del nesso (specie in presenza di condotte omissive)
     - la sentenza Franzese costituisce un importante anticorpo **contro la flessibilizzazione del nesso di causalità** (anche se lascia aperti molti interrogativi)
  2) la giurisprudenza potrebbe **escludere la responsabilità** penale per insufficienza o contraddittorietà della prova in ordine alla sussistenza del nesso causale
- potrebbero essere seguite **vie ALTERNATIVE** ai reati di evento:
  1) *reati di* ***pericolo presunto di pura condotta***
     - es a fronte dell'incertezza scientifica sulla nocività di certe sostanze si potrebbe vietarne l'uso o condizionarlo a determinate cautele
     - il diritto penale si muoverebbe nell'ottica della PRECAUZIONE ed eviterebbe le difficoltà probatorie che si accompagnano all'accertamento dei reati di evento
  2) *strumenti di* ***tutela nell'ambito della responsabilità civile***
     - richiedono un minor rigore nell'accertamento causale e permetterebbero una efficace tutela della vittima

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

FATTO TIPICO E OFFENSIVITA'

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITA'

- 2 PROFILI:

1) **IN ASTRATTO**:
   - opera sul piano della *previsione normativa*
   - inteso come **limite alla discrezionalità del legislatore** nell'individuazione di INTERESSI MERITEVOLI DI ESSERE
2) **IN CONCRETO:**
   - opera sul piano *dell'applicazione giudiziale*
   - consiste nel compito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma

→ **NB** la prassi applicativa del principio astratto può essere *problematica* dal momento che NON SEMPRE un fatto concreto (che *formalmente riproduce gli elementi costitutivi* di una fattispecie incriminatrice), è anche OFFENSIVO del bene giuridico
   - in alcuni casi si può assistere alla **DISCRASIA tra fatto tipico e offesa al bene giuridico**

DIBATTITO IN DOTTRINA SULL'OFFENSIVITA' IN CONCRETO

- INTERROGATIVO di partenza:
  la dottrina si è chiesta se sia ragionevole che il diritto penale intervenga a reprimere un fatto tipico, ma in concreto non offensivo dell'interesse tutelato
- riguarda il rispetto dei principi *di* ***proporzionalità***
  di ***economia processuale***
- FONDAMENTO NORMATIVO di partenza:

art. 49cp **Reato supposto erroneamente e reato impossibile**:

"Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato. La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se concorrono nel fatto gli elementi costitutivi di un reato diverso, si applica la pena stabilita per il reato effettivamente commesso.

Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza"

- LETTURA TRADIZIONALE del reato impossibile (ex c.2)**:**
  sancisce la **non punibilità del tentativo inidoneo**
  - molto criticata soprattutto per in tal modo sarebbe un "*duplicato*" dell'56cp dedicato al *delitto tentato*
- LETTURA DI MARCELLO GALLO della c.d. CONCEZIONE REALISTICA DEL REATO
  esclude la punibilità quando **il fatto tipico in concreto non sia offensivo del bene giuridico**

LA CONCEZIONE REALISTICA DEL REATO

- **NB** l'art. 49 viene considerato il fondamento del **principio di NECESSARIA OFFENSIVITA'** del reato
- SPECIFICAZIONI TERMINOLOGICHE:
  a) il termine *azione* indica non gli atti diretti alla consumazione del reato, ma l'**intero fatto tipico**
  b) il termine *evento dannoso o pericoloso* va inteso come **evento giuridico**, come offesa all'interesse tutelato
- i sostenitori di tale concezione riconoscono al *principio di offensività in concreto* RILIEVO COSTITUZIONALE:
  se la norma dovesse essere applicata anche a fatti che in concreto non offendono l'interesse a tutela del quale la norma è posta, la PENA:
  1) si ridurrebbe a ***punizione della mera disobbedienza***
  2) colpirebbe un *fatto meramente sintomatico di* ***pericolosità soggettiva***
  - assolvendo impropriamente alla funzione che è propria delle MISURE DI SICUREZZA, in contrasto con gli artt. 25 e 27 cost che **distinguono pene da misure di sicurezza**
- MERITO: aver valorizzato il **ruolo del bene giuridico** nella dinamica punitiva, in un contesto

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

sostiene che non c'è nemmeno il fatto tipico quindi nessuna sanzione applicabile

- CRITICA: **teoria TIPICITA' APPARENTE**:
  - indirizzo dottrinale che preferisce risolvere l'assenza di offesa in concreto al bene giuridico nei termini di ASSENZA DEL FATTO TIPICO (si tratterebbe quindi di un caso di *tipicità apparente*)
  - al fondamento normativo della *concezione realistica del reato:* l'art. 49 non viene ritenuto una base sufficientemente solida per sancire il *principio di necessaria offensività*

♦ per entrambi gli indirizzi dottrinali la persona che assaggia qualche acino d'uva di un vigneto, NON sarebbe PUNIBILE, ma per ragioni giuridiche ≠:
  a) per i sostenitori della concezione realistica si tratta di un reato impossibile per l'inidoneità dell'azione
  b) per i sostenitori della tipicità apparente non si realizza nemmeno il fatto tipico di furto

  e sul piano delle CONSEGUENZE sanzionatorie:
  a) la prima interpretazione consente di applicare una **misura di sicurezza**
  b) la seconda non fa seguire **alcuna** conseguenza sanzionatoria

→ tratto differenziale tra le due impostazioni teoriche:

≠ **RUOLO del principio di offensività** nel rapporto con il fatto tipico:
  a) per la concezione realistica l'offensività costituisce un **elemento del reato,** che si aggiunge agli elementi del fatto tipico
     - concezione STRUTTURALE del principio di offensività
  b) secondo la teoria della tipicità apparente l'offensività diventa **criterio di interpretazione** del fatto di reato
     - concezione INTERPRETATIVA del principio di offensività

  - **NB** però ENTRAMBI gli orientamenti sostengono la necessità di garantire il **rispetto del *principio di offensività in concreto*** (il fatto di reato, per essere punibile, richiede sempre che ne si accerti la concreta portata offensiva)

IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITA' IN GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA COSTIUZIONALE

- riconosce il duplice profilo del principio di offensività, senza prendere posizione tra le due posizioni dottrinali
- la **carenza di offensività IN CONCRETO** (per quanto costituisca un principio di rilevanza costituzionale) NON è in grado di fondare una questione di legittimità, essendo un giudizio di merito devoluto al giudice
- la questione PUO' invece essere sollevata in relazione al **profilo dell'offensività IN ASTRATTO**:
  quando una norma incriminatrice non tutela beni giuridici meritevoli di protezione penale, viene in rilievo il *vizio della manifesta irragionevolezza* ex art. 3
  - ma **NB:** la stessa corte riconosce la stretta connessione tra i 2 principi e molto spesso salva la norma in relazione al principio di offensività *in astratto*, ma al contempo ricorda al giudice di *verificare l'offensività in concreto* della norma

♦ è il ragionamento seguito per *salvare* la contravvenzione di **possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli**, considerata come norma posta a tutela del patrimonio ma che poi spetta al giudice applicare SOLO a quei fatti che esprimano una concreta pericolosità per il bene tutelato (*quando in relazione alle circostanze del caso concreto univoca ed esclusiva risulti la destinazione dello strumento)*

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

- anche la cassazione si mostra sempre più sensibile a garantire il rispetto del principio di offensività *in concreto*

♦ in tema di **calunnia**, il reato non sussiste in presenza di denunce del tutto inverosimili che escludono la possibilità che l'autorità giudiziaria inizi un procedimento per accertare il reato

♦ si esclude il delitto di **falsa testimonianza** in presenza di false disposizioni su fatti del tutto estranei al giudizio o privi di efficacia probatoria, perché in tal caso la testimonianza è inidonea a incidere sulla decisione del giudice

♦ questione relativa alla **coltivazione per uso personale di canapa indiana**
  - esempio della difficoltà di individuare il bene giuridico e l'accertamento in concreto della sua offensività
  - cassazione e corte costituzionale sono concordi nel ritenere che l'incriminazione della condotta di coltivazione si collochi all'esterno dell'area del consumo e che sia determinata dal *maggior pericolo di diffusione delle sostanze stupefacenti coltivate*
  - è un reato posto quindi a tutela della salute, dell'ordine pubblico, del normale sviluppo dei giovani
  - la cassazione ha ampliato gli spazi di *non punibilità* della coltivazione, nei casi in cui l'uso esclusivamente personale e l'entità della coltivazione rendono la *condotta del tutto inidonea alla diffusione della sostanza*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LE IPOTESI DI ESIGUITA' DEL FATTO

– TIPOLIGIE di **reati BAGATELLARI**:

a) **in ASTRATTO** (o reati bagatellari **propri**):
il fatto è offensivo di un bene privo però di *meritevole tutela* e quindi NON si giustifica l'intervento penale

b) **in CONCRETO** (o reati bagatellari **impropri**):
il fatto è offensivo del bene giuridico tutelato, ma **l'offesa arrecata è poco significativa** (es furto di un bene di scarso valore)
- la scarsa significatività non sta nel tipo di bene offeso, ma nell'ESEGUITA' DELL'OFFESA in concreto arrecata all'interesse tutelato
- l'offesa al bene giuridico non costituisce un *elemento rigido* che c'è o non c'è, ma è un'**entità graduale**
- **NB** bisogna chiedersi se l'offesa all'interesse tutelato, anche se scarsamente significativa, giustifichi comunque l'intervento penale (considerando sempre i principi di proporzione e di economia processuale)

– a riguardo la **giurisprudenza** aveva cercato di ***forzare* il dettato dell'art. 49** al fine di FARVI RIENTRARE anche i fatti dotati di esiguità offensiva

♦ accogliendo la concezione realistica del reato era stata applicata la norma sul reato impossibile per inidoneità dell'azione nel caso di un **furto di beni del valore di poche lire** in un magazzino
- il giudice aveva forzato per **ragioni di giustizia sostanziale**, l'istituto del *reato impossibile* che, a rigore, può essere applicato solo laddove sia del tutto assente l'offesa (in quel caso anche se tenue, l'offesa invece c'era)

– al fine di **LIMITARE l'intervento penale** a fronte di fatti scarsamente significativi**,** il legislatore tra gli anni '90 e 2000 si è mosso intervenendo nell'ambito di 2 SETTORI:

1) REATI COMMESSI DA MINORI:
   - è previsto che il giudice pronunci la sentenza di ***non luogo a procedere*** per irrilevanza del fatto, *se risulta la **tenuità** del fatto e **l'occasionalità** del comportamento, e quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le **esigenze educative** del minore*
2) REATI ATTRIBUITI ALLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE
   - è prevista l'esclusione della procedibilità nei casi di **particolare tenuità del fatto**, cioè *quando rispetto all'interesse tutelato, **l'esiguità** del danno o pericolo che ne è derivato, la sua **occasionalità** e il **grado di colpevolezza**, non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto conto anche del **pregiudizio** che l'ulteriore corso del procedimento potrebbe arrecare alle **esigenze di lavoro, studio, famiglia**…*

- **NB** le due norme:
  1) assicurano il **principio di proporzione della sanzione** escludono la possibilità di applicare la pena in presenza di fatti connotati da un DISVALORE, OGGETTIVO E SOGGETTIVO, MARGINALE
  2) assolvono un'importante **funzione deflattiva dei processi penali** in un contesto normativo retto dal principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112cost)
  3) hanno il LIMITE di avere un'***efficacia molto settoriale***
     - motivo per cui alcuni progetti di riforma del codice penale avevano proposto di prevedere una *clausola di più ampia portata*

– nuovamente e recentemente (2015) legislatore è intervenuto più incisivamente per modificare la materia con l'INTRODUZIONE dell'**ART. 131-*bis***

art. 131-*bis*.1 ***esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto**:*

"Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

L'offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero nei casi di cui agli articoli 336, 337 e 341 bis, quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni.

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante."

→ **NB** è stata introdotta una **CAUSA DI NON PUNIBILITA'** la quale prevede che **non sia meritevole di punizione**, il fatto di tenue disvalore, nonostante costituisca un reato

REQUISITI DELLA CLAUSOLA DI NON PUNIBILITA' ex art. 131-*bis*cp

└**delimitano** il potere discrezionale del giudice di *non punire* un fatto, nonostante integri gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi di una fattispecie di reato

2 anni

1) AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA CLAUSOLA:
   si può applicare solo ai reati per i quali la legge preveda la **PENA detentiva non superiore a un max di 5 anni o la pena pecuniaria**
   - scelta di politica criminale finalizzata a soddisfare esigenze di prevenzione generale: in relazione a reati che già ad una valutazione astratta si collocano in una fascia di gravità più elevata, va esclusa la *particolare tenuità*
   - **NB** il 4°c dispone che ai fini della determinazione della pena detentiva prevista, non si tenga conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge non stabilisce una pena diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale

2 am

2) PARTICOLARE TENUITA' DEL FATTO: valutato
   a) in relazione alle **modalità della condotta**
      all'**esiguità del rischio o pericolo**
   b) prendendo in considerazione *il fatto storico nella sua* ***interezza***
   - ♦ esclusione punibilità per il reato ex art 639cp in un caso di **imbrattamento di un muro**, per via del fatto che la condotta non determinava alcun danno dal momento che il muro era già stato rovinato
   - **NB** non è da considerare solo il *profilo oggettivo* del fatto, ma anche quello ***soggettivo*** ex c.2, che esclude la particolare tenuità dell'offesa *nei casi in cui il soggetto abbia agito per motivi futili, con crudeltà etc…*

3) NON ABITUALITA' DEL COMPORTAMENTO:
   - ≠ dalla nozione di ***occasionalità***, che, a fronte di una mancanza di espressa definizione normativa, viene identificata nella *mancanza di reiterazione di condotte penalmente rilevanti*
   - il legislatore ne dà una definizione più tassativa allo scopo di contenere il potere discrezionale del giudice; sussiste nei SOLI casi indicati al 3°c:
     - dichiarazione di delinquente abituale, professionale o per tendenza
     - reati della stessa indole, come definiti ex art. 101cp
     - reati che abbiano per oggetto condotte plurime, reiterate o abituali
       └indicazione che desta un po' di perplessità, perché non è chiaro quali siano i *reati con condotte plurime o sedimentate* (definizione di reato abituale è sedimentata nella dottrina e giurisprudenza)

- la disciplina trova applicazione anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o pericolo come **circostanza attenuante** (es art. 323cp, per abuso di ufficio)
- sul piano della SUCCESSIONE DELLE LEGGI PENALI nel tempo, l'art. 131-*bis* costituisce norma di **diritto penale sostanziale** e trattandosi di norma **più favorevole**, si applica retroattivamente con il limite del giudicato

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– il *nuovo* istituto NON trova applicazione in relazione ai reati
  a) commessi da minori
  b) attribuiti alla competenza del giudice di pace
  └ex art. 16cp (prevede che le disposizioni del cp si applichino anche alle materie regolate da altre leggi penali, eccetto che da esse non sia diversamente stabilito), visto che nei 2 ambiti normativi indicati la particolare tenuità è **regolata in modo autonomo** con **requisiti,** queste *speciali discipline* prevalgono su quella generale dell'art. 131-*bis*

NB l'OFFESA AL BENE giuridico è assicurata sia **dalla lesione** sia **dalla messa in pericolo** del bene tutelato
└è possibile quindi distinguere tra reati di danno e reati di pericolo
  tale distinzione è agevole in caso di *beni tangibili*, meno netta per fattispecie con un *maggior grado di astrazione*

REATI DI PERICOLO

└reati nei quali è presente solo una **PROBABILITA' DI LESIONE** del bene giuridico tutelato

♦ **delitto di strage** ex art 422cp sono sufficienti atti diretti a mettere in pericolo l'incolumità pubblica, senza necessità che la condotta abbia pregiudicato l'integrità fisica di qualcuno
♦ **delitto di incendio** ex art 423 non richiede che lo sviluppo di un fuoco di vaste dimensioni abbia arrecato una lesione all'incolumità fisica di qualcuno

– appartiene a tale categoria anche il **delitto *tentato***
– **SVILUPPO** di questa categoria di reati:
  - si configura come un *adeguamento* della politica criminale alla c.d. ***società del rischio***, che i sociologi configurano come la proliferazione delle **FONTI DI PERICOLO** per i beni giuridici (es circolazione stradale, attività produttive rischiose)
  - per fronteggiare tali rischi, il modello tradizionale del reato risulta **inadeguato** e quindi il legislatore ricorre allora a **tecniche di ANTICIPAZIONE** della tutela penale
    sarebbe spesso frustrata se si utilizzassero solo *delitti di danno*
    └ non si attende che il bene giuridico sia leso, ma si **anticipa la soglia di punibilità** già alla sola messa in pericolo del bene, al fine di **prevenirne la lesione**
– TIPOLOGIE di reati di pericolo:
  a) **in concreto**
  b) **in astratto** (o presunto)

REATI DI PERICOLO CONCRETO

└reati in cui il *pericolo* è **elemento costitutivo** espresso di fattispecie, che spetta al giudice accertare in concreto

♦ nella strage sono necessari atti diretti a porre in pericolo l'incolumità pubblica
– rispettano il *principio di offensività* perché il bene viene in concreto messo in pericolo
– **NB** pongono *però* problemi con il *principio di determinatezza*
  la **NOZIONE DI PERICOLO** è di per sé vaga ed il suo accertamento non è agevole
  l'orientamento prevalente della dottrina lo identifica come un **GIUDIZIO DI RELAZIONE** tra:
    1) una certa situazione
    2) un evento futuro dannoso da prevenire
  → non basta un giudizio in termini di *mera possibilità di verificazione dell'evento futuro*, ma si richiede una più consistente **probabilità** (o **rilevante possibilità**) che tale evento si realizzi
– ACCERTAMENTO del pericolo concreto:
  1) **MOMENTO DEL GIUDIZIO**:
    indica il tempo nel quale deve essere compiuta la valutazione di probabilità dell'evento
    - non si può procedere con una valutazione *ex post*, considerando la situazione che si è definitivamente cristallizzata con la mancata realizzazione dell'evento (una valutazione a posteriore che tenesse conto anche della mancata realizzazione dell'evento, porterebbe sempre ad escludere il pericolo)
    - la valutazione va sempre collocata ***ex ante***, secondo il c.d. **giudizio di PROGNOSI POSTUMA**: il giudice deve mentalmente porsi al momento della situazione da qualificare in termini di pericolo e chiedersi se allora apparisse probabile la verificazione dell'evento

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) **BASE DEL GIUDIZIO:**
   indica gli elementi della situazione concreta dei quali il giudice deve tenere conto per esprimere la prognosi
   - il **giudizio A BASE PARZIALE** (prevalentemente usato) tiene conto delle **condizioni di fatto** conoscibili da una *persona avveduta* posta nelle stesse condizioni (integrate da eventuali conoscenze specifiche proprie)
   - il **giudizio A BASE TOTALE** prende invece in considerazione la **totalità delle circostanze del caso concreto** presenti al momento del giudizio
     - considerato che il giudizio costituisce un elemento della fattispecie oggettiva, appare *più corretto* usare la base totale, rinviando in sede di *colpevolezza* la considerazione degli elementi a conoscenza dell'autore o che avrebbe dovuto/potuto conoscere

3) **METRO DEL GIUDIZIO:**
   indica i parametri che il giudice deve utilizzare nell'accertamento del pericolo
   - si tratta delle stesse **leggi scientifiche di copertura e massime di esperienza** che valgono per accertare il nesso di causalità e anche in questo caso il giudice utilizza quelle **disponibili al momento del giudizio**
   - l'applicazione può risultare più difficoltosa in quanto nel *giudizio prognostico* **manca il 2° termine della relazione** (l'evento) che è invece presente nell'accertamento del nesso di causalità

REATI DI PERICOLO ASTRATTO

└reati in cui il pericolo non compare come elemento costitutivo di fattispecie, ma si limita a costituire la ***RATIO* della norma**

– il legislatore descrive un fatto che, *ad una valutazione astratta*, mette in pericolo il bene giuridico tutelato

→ il giudice si deve limitare ad accertare che il **fatto concreto sia conforme alla fattispecie astratta**, senza accertare che lo stesso abbia messo in pericolo il bene tutelato

♦ nella contravvenzione di **guida in stato di ebbrezza** (ex art. 186cod.strad) è punito chi guida con un tasso alcolemico che supera una certa soglia fissata dal legislatore

♦ nelle contravvenzioni relative alla **prevenzione degli infortuni sul lavoro**, il mancato rispetto da parte del datore di lavoro delle prescrizioni antinfortunistiche costituisce reato a prescindere dal fatto che un lavoratore abbia subito una lesione personale

– a differenza dei reati di pericolo concreto, questa categoria è più rispettosa del *principio di determinatezza*
  └le fattispecie tendono ad essere PIU' PRECISE in quanto la **situazione pericolosa** è **descritta nella norma** incriminatrice

– **NB** pongono problemi però in relazione al rispetto del *principio di offensività*, laddove il fatto concreto, pur riproducendo gli elementi della fattispecie astratta **non fonda alcun pericolo per il bene tutelato**
  - casi in cui la valutazione di astratta pericolosità astrattamente ipotizzata dal legislatore non è corrispondente al fatto concreto
  - per questo motivo parte di dottrina considera questa categoria di reati **INCOSTITUZIONALI** per contrasto con il principio di offensività e violazione degli artt. 25 e 27cost (propone sostituzione con illeciti amministrativi)
  - per recuperare il rispetto del principio di offensività un'altra parte di dottrina ha proposto di **ricorrere all'art. 49.2cp**, **escludendo la punibilità** qualora il fatto, pur integrando gli elementi della fattispecie astratta, risulti in concreto **non offensivo** dell'interesse tutelato

– **NB** la dottrina prevalente ha, ad ogni modo, rivalutato l'IMPORTANZA dei reati di pericolo astratto proprio nella prospettiva della **tutela dei beni giuridici**:
  - rispetto ad alcuni beni e alle loro modalità di aggressione, sarebbe impensabile realizzare la tutela attraverso reati di pericolo *concreto*, mentre è più efficace ricorrere a reati di pericolo *astratto* che presentano anche il vantaggio di una *maggiore determinatezza*
  - in particolare si presenta come TECNICA DI TUTELA ADEGUATA in alcuni settori:

  a) riguardo le c.d. **attività seriali** nelle quali il bene giuridico è offendibile solo attraverso una pluralità di condotte
     ♦ delitto di inquinamento ambientale e disastro ambientale che introducono soglie di tolleranza di immissioni normativamente tollerate per evitare che nel corso del tempo si creino gravi danni
  b) riguardo i casi di **violazione di regole a contenuto cautelare**
     ♦ in tema di prevenzione di infortuni sul lavoro o circolazione stradale

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

c) riguardo fattispecie che sanzionano l'**esercizio di attività in assenza della prescritta autorizzazione**
   └poste a tutela dell'attività di controllo dell'organo che supervisiona un certo settore
   ♦ reato edilizio di costruzione di opere in assenza di permesso o abusivo esercizio di attività bancaria
d) riguardo i settori in cui esiste **incertezza scientifica** in ordine alla nocività di certe sostanze o situazioni: mancando leggi scientifiche di copertura in grado di garantire *al di là di ogni ragionevole dubbio* il nesso di causalità, il ***principio di precauzione*** può giustificare il divieto o la limitazione di certe attività/sostanze

– la CORTE COSTITUZIONALE:

1) ha avvallato la **legittimità** del ricorso ai reati di pericolo astratto:
   NON sono *tout court* incompatibili con il quadro delle garanzie costituzionali, ma al legislatore spetta individuare nell'ottica preventiva: a) le **condotte** alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo
   b) la **soglia di pericolosità** alla quale far riferimento
2) ha specificato l'una e l'altra determinazione siano collegabili al principio dell'***id quod plerumque accidit***
   - non devono essere irrazionali o arbitrarie
   - il pericolo deve essere **correttamente tipizzato** (frequente uso di termini *semanticamente pregnanti*, capaci di esprimere situazioni in concreto pericolose, come il riferimento all'incendio)
   - ▶possono essere dichiarati costituzionalmente illegittimi solo in caso di ***manifesta irragionevolezza***
3) ha ritenuto che il **compito del giudice** non si esaurisca nell'accertamento della conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta, ma debba anche **verificare l'offensività in concreto**
   ♦ se una fattispecie è fondata sul superamento di determinate soglie, un'eccedenza minima rispetto al valore della soglia non integra la fattispecie incriminatrice, se la stessa si mostra priva di idoneità lesiva
   ♦ strada seguita dalla cassazione per quanto riguarda il giudizio in merito alla coltivazione di erba, fattispecie che integra un tipico reato di pericolo presunto, ma spetterà al giudice verificare se effettivamente la condotta sia offensiva del bene tutelato

– SETTORI REFRATTARI alla tecnica del pericolo astratto
   - casi in cui la fattispecie penale entra in conflitto con libertà e diritti di rilevanza costituzionale
   - si tratta di sfere che possono essere compresse solo a condizione che sia in concreto messo in pericolo il bene

♦ delitto di **apologia** (ex art. 414.3 cp) che punisce chi pubblicamente fa apologia di uno o più delitti
   - la corte costituzionale ha sollecitato una lettura restrittiva della norma costruita *secondo la tecnica del pericolo in astratto:* non è punibile la manifestazione di pensiero, ma quella che per le sue modalità integri il
   - comportamento idoneo a provocare la commissione di reati
   - il reato di pericolo in astratto è stato così convertito in via interpretativa in reato di pericolo in concreto

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

LE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE (o scriminanti)

- circostanze in cui un fatto, che normalmente costituirebbe un illecito penale, non è considerato tale in quanto ***giustificato*** dall'ordinamento
- sono **situazioni particolari di non punibilità** che limitano l'applicazione di norme incriminatrici di portata generale

♦ l'art. 575cp incrimina chi cagiona la morte di un essere umano, ma l'art. 52cp stabilisce la non punibilità degli omicidi realizzati in presenza dei requisiti della legittima difesa

– DEFINIZIONI della dottrina
  a) per una parte minoritaria della dottrina sono **ELEMENTI NEGATIVI** del fatto
  b) per la parte maggioritaria sono **CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'ANTIGIURIDICITA'** (nel quadro della concezione tripartita del reato)

– **NB** sono ≠dalle ***CAUSE DI NON PUNIBILITA'*** (nonostante il legislatore usi la stessa formula *"non è punibile")*
  - per via del **fondamento:**
    a) alla base delle *scriminanti* ci sono criteri di natura sostanziale imperniati sul **bilanciamento degli interessi**
    b) alla base delle *cause di non punibilità* ci sono **semplici ragioni di opportunità**

  è importante tenerle distinte (anche se non sempre ciò è agevole) poiché seguono **discipline** ≠

♦ la non punibilità del figlio che sottrae il denaro ai genitori ex art. 649cp lo dichiara non punibile non perché il fatto è penalmente indifferente, ma perché *non è opportuno* il ricorso alla sanzione penale per una vicenda dai risvolti patrimoniali che coinvolge soggetti legati da un forte vincolo familiare
  - **NB *l'illiceità del fatto in sé permane***, e lo dimostra la punibilità dell'eventuale complice del figlio nel furto

IL FONDAMENTO DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

– sul PIANO **FORMALE** larga parte di esse si può fondare sul **principio di NON CONTRADDIZIONE**
  - come emerge in tema di *esercizio del diritto o di adempimento del dovere ex art. 51*cp: se una norma autorizza o impone una certa condotta non è possibile ammettere che essa possa dar luogo ad una responsabilità penale

– sul PIANO SOSTANZIALE alla base delle principali cause di giustificazione c'è la **VALUTAZIONE DI INTERESSI in conflitto**

♦ nella legittima difesa si privilegia pur entro certi limiti (necessità e proporzione), l'interesse di chi si difenda da un'ingiusta aggressione con correlativo sacrificio del bene dell'aggressore colpito dall'aggressione
  - la non punibilità per lesioni si fonda sulla *prevalenza* accordata dall'ordinamento al bene della vittima messo in pericolo

♦ in qualche caso si ritiene accettabile il sacrificio del bene di un soggetto (pur incolpevole) di fronte a una condotta realizzata in situazione di grave pericolo:
  - nello *stato di necessità* dovendo comunque verificarsi un danno, l'ordinamento assume una **posizione di neutralità** non punendo chi ha cagionato un'offesa per salvare un bene di pari grado o di maggiore importanza

DISCIPLINA GENERALE DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE

- **NB** NON è delineata in **maniera organica**: in parte è desumibile da principi generali, in parte da disposizioni collocate in settori diversi dal codice

– in relazione ai PRINCIPI GENERALI:

a) devono rispettare il **principio di RISERVA DI LEGGE**
  - né la ***legge regionale*** né ***atti dell'esecutivo*** possono costruire *ex novo* una causa di giustificazione o modificare l'assetto delle scriminanti disegnate dal legislatore statale
  - **NB** ciò non esclude che fonti non statali o infralegislative *possano influenzare* l'ambito di applicazione di quelle cause di giustificazione *a struttura aperta* (es art. 51cp)

b) è ammissibile in via teorica l'**ESTENSIONE IN VIA ANALOGICA** di una causa di giustificazione
  - MA *difficoltà* nel riscontrare i **presupposti** dell'analogia: l'individuazione delle serie di requisiti da parte del legislatore preclude la possibilità di cogliere *lacune*
    ♦ la possibilità di ammettere la c.d. legittima difesa *anticipata* è impedita dal requisito dell'attualità del pericolo

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

♦ l'applicazione dello stato di necessità a tutela di beni patrimoniali (ammessa in altri ordinamenti) è preclusa dalla scelta del legislatore che nell'art. 54cp fa riferimento solo al *danno grave alla persona*

– in tema di **ERRORE:**

a) errore **DI DIRITTO**:
erronea credenza sull'esistenza di una causa di giustificazione (es un soggetto è convinto che ci sia una norma che giustifichi l'eutanasia) o un errore sui limiti normativi di una causa di giustificazione (es una persona ritiene di poter invocare lo stato di necessità di fronte a un pericolo che riguardi un bene patrimoniale)

art. 5cp: "*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*"

b) errore **su una NORMA EXTRAPENALE** che influisca sull'ambito applicativo di una causa di giustificazione
└fondamento normativo rintracciato:
- nell'art. 47.3 cp: "*L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*"
la norma viene ritenuta applicabile anche alle cause di giustificazione; per alcuni si tratta di un'estensione analogica *in bonam partem*
- nell'art. 59.4 estensivamente interpretato

♦ caso di erronea interpretazione di norme concernenti il trasferimento del diritto di proprietà di una cosa o i limiti di tutela di essa, da cui derivi una reazione contro un'offesa ritenuta ingiusta alla luce dell'errore
└la legittima difesa non è di per sé applicabile per carenza dell'ingiustizia dell'offesa ma l'errore sulla legge extrapenale viene riconosciuto

→ **NB** nel caso di ***scriminanti in bianco*** (come l'art. 51 sotto il profilo dell'esercizio di un diritto e sotto l'adempimento del dovere derivante da una norma giuridica) l'errore sulla norma che delinea il diritto o il dovere NON è errore sulla legge extrapenale (in quanto essa costituisce il nucleo essenziale della causa di giustificazione), ma è un ERRORE DI DIRITTO sui requisiti della scriminante

c) errore **DI FATTO**:
una non corretta percezione della realtà esterna che genera convinzione in chi agisce di trovarsi in una situazione che consentirebbe, se corrispondesse alla realtà, di fruire di una causa di giustificazione

art. 47 cp **l'errore di fatto**:

"L'*errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.*
L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso.
L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato"

art. 59.4cp **circostanze non conosciute o erroneamente supposte**:

"*Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo*"

♦ un soggetto ritiene di essere aggredito e reagisce nei confronti del presunto aggressore credendo di trovarsi in un caso che legittimerebbe l'applicazione dell'art. 52cp

→ **NB** nel caso in cui la supposizione erronea della causa di giustificazione rientri effettivamente nell'art. 59.4, occorre valutare ex art. 47, se l'**errore è incolpevole** o **determinato da colpa**
├nel 1°caso il soggetto non è penalmente responsabile (es un soggetto ferisce un altro che ha simulato per scherzo un'aggressione nei suoi confronti di notte in una strada isolata)
└nel 2° caso (es se l'azione è frutto di un eccessivo nervosismo e il contesto non è equivoco) residua una responsabilità per reato colposo, se esso è previsto dall'ordinamento nella forma colposa

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– l'**ECCESSO DELLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE**:
la causa di giustificazione è ravvisabile, ma ne vengono travalicati i limiti
NB va tenuta distinta dalla *supposizione erronea di una causa di una scriminante*, ex art. 59 (caso in cui la scriminante non esiste, se non nell'immaginazione dell'autore del reato)
FORME di eccesso:

a) **doloso**:
♦ tizio viene aggredito con spintoni da caio (disarmato) durante una discussione al bar e reagisce estraendo una pistola con la quale uccide caio
è stato superato il limite della proporzione e quindi tizio ne risponderà per omicidio doloso

b) **colposo:**
art. 55 cp **eccesso colposo**:
"Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.
Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto"
♦ tizio è aggredito da caio a mani nude, intende per difendersi con un'arma dalla quale lascia partire inavvertitamente un colpo che uccide caio, tizio sarà imputato per omicidio colposo

c) **incolpevole:**
♦ tizio i è aggredito per strada da caio che impugna un'arma giocattolo, ma che nell'oscurità sembra un'arma vera; tizio ha un porto d'armi e dal momento che fa il gioielliere ha sempre con sé una pistola, gli spara
tizio ha ecceduto nei limiti della legittima difesa, dal momento che la reazione è sproporzionata, ma l'eccesso dovuto a un'erronea percezione della realtà a lui non rimproverabile, rende tizio non punibile

CONSENSO DELL'AVENTE DIRITTO

manifestazione di volontà con cui il titolare del diritto rinuncia alla tutela dello stesso
art. 50 cp: "*Non è punibile chi lede o pone in pericolo un **diritto**, col consenso della persona che può validamente disporne*" └ inteso come ***interesse tutelato*** dalla norma

– RATIO alla base di questa *causa di giustificazione*:
1) **interesse mancante**:
il consenso alla lesione o alla messa in pericolo del bene fa venir meno l'interesse pubblico alla punizione del fatto di reato
2) **principio del bilanciamento degli interessi** in conflitto:
└ la tutela penale del bene – libertà di autodeterminazione del titolare
in relazione a determinati beni e a determinate condizioni, prevale la libertà di disporre del bene sulla tutela pubblicistica dello stesso

– NATURA GIURIDICA del consenso:

a) **CAUSA DI ESCLUSIONE DEL FATTO TIPICO**
in alcuni casi il *consenso (o il dissenso)* è un **elemento** del fatto tipico, e la sua presenza **esclude AB ORIGINE l'offesa** all'interesse protetto
♦ nella violenza sessuale ex art. 609-*bis* cp è presupposto il dissenso della vittima, il consenso renderebbe l'atto espressione della libertà personale di disporre del proprio corpo
talvolta è la stessa norma incriminatrice a prevederlo **espressamente**
♦ nella violazione di domicilio ex art 614 cp, è necessario che il fatto sia commesso con il dissenso del titolare del domicilio stesso
altre volte è **implicito** nella struttura della fattispecie, ciò accade nei casi in cui la libertà di disporre del bene costituisce espressione dello stesso diritto riconosciuto dall'ordinamento
♦ il consenso del proprietario della cosa mobile alla sua sottrazione esclude *ab origine* lo stesso fatto di furto, in quanto la libertà di disporre è una delle facoltà del diritto di proprietà sul bene)
NB NON opera come causa di giustificazione il *consenso della vittima* in quelle fattispecie nelle quali è necessaria la **cooperazione della persona offesa**, perché in questi casi il ***consenso è viziato***

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

♦ nella truffa il consenso sussiste, ma è carpito attraverso artifizi e raggiri ex art. 640 cp

b) in altri casi è una **CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE** (ex art. 50):
quando interviene in relazione a un fatto tipico offensivo del bene giuridico, giustificandone la lesione
♦ consenso prestato alla limitazione della propria libertà personale o al pregiudizio arrecato all'integrità fisica
secondo la logica del *bilanciamento di interessi* propria delle scriminanti, in questi casi prevale l'interesse del singolo alla libertà di disporre sull'interesse dell'ordinamento alla salvaguardia dello stesso bene

→ la ***natura giuridica del consenso*** dipende allora dal significato che assume la LIBERTA' DI AUTODETERMINAZIONE del titolare del bene giuridico:
a) se è coessenziale allo stesso bene giuridico tutelato, la presenza del consenso escluderà *ab origine* l'offesa al bene e l'integrazione del fatto tipico
b) se la tutela del bene assume un significato autonomo rispetto alla libertà di disporre del suo titolare, avrà natura di causa di giustificazione

REQUISITI DELLE SCRIMINANTI

1) deve trattarsi di **DIRITTI DISPONIBILI**
2) devono sussistere le **CONDIZIONI PER LA VALIDA RINUNCIA** alla tutela del diritto

DISPONIBILITA' DEL BENE

– **NB** il legislatore NON INDICA quali siano i *beni disponibili*
└la dottrina ha elaborato un CRITERIO GENERALE:
*sono **disponibili** quei beni **rimessi all'esclusivo interesse del singolo,** che di essi può disporre;*
*sono **indisponibili** quei beni rispetto ai quali **prevale l'interesse pubblico** alla loro tutela*
(criterio *molto* generale che causa delle difficoltà nell'individuazione dei beni)

→ sono considerati BENI INDISPONIBILI:
a) l'ordine pubblico (**è irrilevante il consenso** al disturbo della quiete pubblica)
b) la pubblica amministrazione (…il consenso di prestazione nel reato di abusivo esercizio della professione)
c) l'amministrazione della giustizia (…il consenso che sia prestata nei propri confronti una falsa denuncia per reato)
d) la fede pubblica (… il consenso all'apposizione di una firma falsa su un documento)
e) la famiglia (m il consenso prestato ai maltrattamenti contro familiari, puniti ex art 572 cp)

→ sono considerati BENI DISPONIBILI:
a) gli **interessi patrimoniali**
salvo che la libertà di disporne non entri in conflitto con un prevalente interesse pubblico
♦ ex art. 423 è punito l'incendio di cosa propria se dal fatto deriva pericolo per l'incolumità pubblica
♦ la libertà di disporre di un bene immobile assoggettato a vincoli artistici incontrerà limiti imposti dal prevalente interesse pubblico alla salvaguardia del valore artistico dello stesso bene

NB *altri beni* di cui però è discusso il **LIMITE alla loro disponibilità**:
b) **integrità fisica**:
è disponibile nei limiti fissati dall'art. 5cc che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo quando cagionano una *diminuzione permanente dell'integrità fisica* o sono *contrari all'ordine pubblico o al buon costume*
└ incerto confine dei limiti dell'ordine pubblico e del buon costume
con riferimento alla diminuzione permanente dell'integrità fisica:
- se l'atto di disposizione non incide in modo permanente sull'integrità fisica del soggetto, *nulla quaestio*
- se si eccedono questi limiti è necessario distinguere tra atti che vanno:
1) a favore del **soggetto consenziente**
└si può prestare il consenso all'amputazione di un proprio arto, quando è finalizzato a salvaguardare la salute psicofisica dello stesso consenziente

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) a favore di **un terzo**
   - il cc stabilisce un limite invalicabile all'intangibilità fisica in caso di atto di disposizione a favore di un terzo
   - anche in caso di *organi doppi* (es amputarsi una mano perché un proprio amico le ha perse entrambe in un incidente)
   - è stata necessaria una specifica legge derogatoria all'art. 5cc per permettere il trapianto di rene tra vivi

c) **vita**
   - ex artt. 579 (omicidio del consenziente) e 580 cp (istigazione o aiuto al suicidio) se ne desume l'*indisponibilità*
     - viene incriminato anche chi cagiona la morte con il consenso della persona!
   - tale drastica considerazione viene stemperata in relazione alle questioni sui limiti agli interventi medici e sulle scelte di fine vita

d) **libertà personale**
   - la giurisprudenza individua il limite alla disponibilità del bene nel rispetto della *dignità umana* (limite che in concreto non è di agevole individuazione)

CONDIZIONI DI VALIDITA' DEL CONSENSO

- anche in questo caso non sono esplicitate dal codice e quindi sono state elaborate dalla dottrina

1) il consenso non NON deve essere **viziato da VIOLENZA o da ERRORE**
2) può essere sottoposto a CONDIZIONI (es sulle modalità di offesa all'integrità fisica):

a) in presenza di una **lesione protratta nel tempo** il consenso dell'avente diritto espresso nel momento iniziale della condotta, deve essere **presente per l'intero sviluppo della stessa**

b) è necessario che il soggetto abbia la CAPACITA' DI CONSENTIRE alla lesione del bene, definita:
   - alle volte da limiti di età fissati dal legislatore
     (es 14 anni in relazione alla libertà sessuale, 18 anni in relazione ai beni patrimoniali..)
   - dove la legge non dispone nulla, è necessario che il giudice accerti, nel singolo caso concreto, se il soggetto aveva la capacità di comprendere il significato dell'atto di disposizione
   - in caso di soggetti incapaci di intendere e di volere il consenso può essere prestato dal legale rappresentante, salvo che si tratti di beni personalissimi
     - come nel caso del rifiuto delle cure

c) se vi sono **più titolari del bene**, l'art. 50 cp opera a condizione che il consenso sia prestato da tutti

d) non sono richieste particolari FORMALITA' di manifestazione del consenso, che può essere:
   - **espresso**
   - **tacito**: quando sia manifestato da atti concludenti

   forme *particolari* di consenso:
   - **putativo**: quando il consenso non è stato dato, ma chi lede il bene ritiene che lo stesso sia stato prestato
     - disciplina ex art. 59 uc relativa all'erronea supposizione dell'esistenza di una scriminante, che esclude la responsabilità del soggetto per assenza di dolo, salvo la responsabilità residuale in caso di errore colposo
     - **NB** la giurisprudenza richiede l'esistenza di un'obiettiva situazione che possa ragionevolmente indurre in errore il soggetto sull'esistenza della scriminante
   - **presunto**: quando chi lede il bene sa che il consenso non è stato dato, ma presume che lo avrebbe ottenuto, qualora lo avesse richiesto al titolare del bene
     - situazione non regolata dal codice, e ricollegata alla disciplina della *negotiorum gestio* che consente di scriminare le condotte di chi si attiva per salvaguardare l'interesse di un terzo (es caso di chi forza la serratura di casa del vicino assente per spegnere un incendio)
     - **NB** va esclusa la rilevanza del consenso presunto in relazione a condotte lesive a vantaggio dello stesso autore del fatto o di terzi

– nei REATI COLPOSI è discussa l'efficacia scriminante del consenso
  - in via generale non ci sono preclusioni ad estendere l'art. 50 cp, anche se la giurisprudenza non ha una posizione molto favorevole

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- il **CONSENSO INFORMATO**: il consenso del paziente agli **interventi medici**
  in questi casi il consenso non opera come *scriminante* in quanto l'attività medica si giustifica come esercizio di una facoltà legittima ex art. 51 cp, MA come **condizione di liceità dell'intervento medico**
  - **NB** viene definito *informato* dal momento che al paziente devono essere date tutte le informazioni sul tipo di trattamento e sugli effetti, affinchè possa essere pienamente esercitata la **libertà di autodeterminazione** (ex artt. 13 e 32 cost riguardo l'inviolabilità della libertà personale e il divieto di trattamenti sanitari obbligatori)
  - la l. 219/2017 "*norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento":*
    - sottolinea l'importanza del consenso e prevede che vada documentato in forma scritta o con registrazioni
    - disciplina anche il **diritto a rifiutare le cure,** che è l'imprescindibile risvolto della libertà di autodeterminazione (già prima dell'approvazione della legge, era stato affermato dalla cassazione)

→ EFFETTI del riconoscimento della libertà di autodeterminazione del paziente:
1) il *bene "vita"* è diventato **parzialmente disponibile**, ma esclusivamente nei limiti del legittimo esercizio delle libertà di rifiutare le cure
2) nei limiti in cui il paziente rifiuta le cure, **cessa la posizione di garanzia del medico**, la cui condotta omissiva non rileva penalmente ai sensi dell'art. 40 cp

CASO WELBY
- paziente affetto da una malattia che lo aveva portato ad avere gli arti paralizzati, chiese di essere staccato dal respiratore, e il medico diede attuazione alla volontà del paziente
- venne avviato un procedimento penale a carico del medico per omicidio del consenziente, che si è concluso con un **decreto di archiviazione**: il giudice, pur riconoscendo la presenza di una condotta riconducibile all'art. 579 cp, ha applicato la **scriminante dell'adempimento di un dovere** (essendo dovere del medico dare attuazione alla volontà del malato)

CASO ENGLARO
- ragazza in stato vegetativo permanente da 17 anni, alla quale il tribunale di Milano e la cassazione riconoscono il dovere dei medici di staccare l'alimentazione artificiale per dare attuazione alla volontà della ragazza, che in vita aveva espresso
- problemi:
  a) assenza di una volontà scritta, ma ricostruita dai giudici attraverso prove testimoniali
  b) se l'alimentazione artificiale costituisse un trattamento medico (e quindi legittimamente rifiutabile) o un atto di sostegno vitale

→ il groviglio di profili giuridici e contrapposte visioni etiche ha trovato parzialmente una sistemazione nella l. 219/2017, che ha anche disciplinato le *direttive anticipate* di trattamento

CASO CAPPATO
- problema dell'autodeterminazione in relazione alla decisione di accedere al **suicidio assistito**
- questione della rilevanza penale della condotta di chi aveva accompagnato un malato, affetto da una malattia incurabile, in una clinica in svizzera dove era stato praticato il suicidio assistito (punibile ex art. 580 cp)
- il malato era pienamente in grado di intendere e di volere, e la sua volontà non era in alcun modo stata condizionata da chi si era limitato solo ad accompagnarlo

→ si sono contrapposti 2 interessi:
a) la vita, di cui l'art. 580 cp è espressione
b) la libertà di autodeterminazione del singolo in ordine alle scelte di fine vita

- sollevata la questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di libertà di autodeterminazione, la corte **ha rimesso la questione al parlamento** dando un anno di tempo per elaborare una disciplina che consentisse di **equiparare** la situazione di chi è in grado di rifiutare le cure a quella di chi, pur trovandosi in un quadro clinico analogo, non può accedere a forme di suicidio assistito

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- inoltre la corte ha indicato al legislatore lo **spazio di non punibilità dell'aiuto al suicidio**, nel caso in cui l'aiuto sia dato ad una persona che si trovi in questa situazione:
  1) in presenza di una patologia irreversibile e fonte di sofferenze fisiche e psicologiche, intollerabili
  2) la persona deve essere tenuta in vita per mezzo di trattamenti di sostegno vitale
  3) la persona sia capace di prendere decisioni libere e consapevoli
- **NB** a fronte dell'inerzia del legislatore, nel settembre del 2019 la corte costituzionale ha dichiarato non punibile Marco Cappato ai sensi dell'art. 580 cp

ADEMPIMENTO DI UN DOVERE

└è una scriminante che rappresenta l'espressione del classico **principio di non contraddizione:** l'ordinamento non può imporre da un lato un certo comportamento e dall'altro incriminare tale condotta

art. 51 cp **Esercizio di un diritto o adempimento di un dovere**:

"*L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità.*

Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine.

Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo.

Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine"

- DERIVAZIONE:

a) da una **NORMA GIURIDICA**:
   - **NB** problema: valutare se la norma che stabilisce una determinata attività doverosa impone realmente la condotta astrattamente corrispondente ad una fattispecie criminosa e che si intende scriminare
     - ♦ norma del c.p.p. che obbliga ufficiali e agenti di polizia giudiziaria ad arrestare in flagranza autori di certi reati (sarebbe illogico addebitare a tali soggetti il reato di sequestro di persona)
       - tale norma PERO' non impone altri comportamenti pur *strumentali* all'adempimento dell'obbligo: non sono coperte eventuali lesioni cagionate nell'eseguire l'arresto (eventualmente coperte dall'art. 53cp)
     - ♦ l'art. 593 cp prevede il dovere di soccorrere una persona in pericolo, MA non autorizza il soccorritore a compiere atti lesivi dell'incolumità di un aspirante suicida
   - → si tratta di interpretare *attentamente* la norma che impone il dovere di agire: se l'attività è **espressamente imposta**, la norma che delinea il reato soccombe di fronte a tale disposizione, in quanto *norma generale che è **derogata** da norma speciale*

b) da un **ORDINE DELL'AUTORITA':**
   - **NB** il cp limita la causa di giustificazione agli ordini emanati da "***pubblica autorità***": restano pertanto privi di efficacia scriminante gli ordini impartiti da un'***autorità privata*** (come il padre, che ordina al figlio di commettere un reato, un datore di lavoro..)
   - quando l'ordine proviene da una pubblica autorità, bisogna distinguere i casi a seconda che l'ordine sia:
     - **LEGITTIMO**:
       - l'art. 51 riconosce in via generale l'efficacia scriminante SOLO agli ordini legittimi
       - attengono alla legittimità — profili ***formali*** (competenza del superiore gerarchico ad emanare l'ordine)
         profili ***sostanziali*** (se l'ordinamento consente al soggetto di imporre a soggetti sottordinati determinati comportamenti configurabili come reati)
       - chi lo esegue non risponde del fatto commesso e neanche chi lo ha impartito a titolo di concorso
     - **ILLEGITTIMO**:
       - **NB** il cp esprime il principio generale secondo cui il subordinato possa **sindacare la legittimità** dell'ordine e **rifiutarsi di eseguirlo**, nel caso in cui sia illegittimo e comportasse la commissione di un reato
       - l'ordinamento fa prevalere il rispetto del *principio di legalità* dell'attività delle autorità pubbliche rispetto al principio di *obbedienza*
       - → sono chiamato a rispondere del reato ***sia* il superiore** che con l'ordine ha istigato alla commissione del reato ***sia* l'esecutore**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– possibilità per l'*esecutore* di SOTTRARSI ALLA RESPONSABILITA':
  1) è delineato al c.3 con riferimento alla disciplina dell'**ERRORE**:
     se il subordinato ritiene di eseguire un ordine illegittimo incorre in un *errore sull'esistenza della cause di giustificazione* (che esclude il dolo)
     - applicazione dei principi generali ex art. 59.4 cp
     - **NB** deve trattarsi di errore **di fatto** che faccia ritenere all'esecutore di adempiere ad un ordine che sarebbe *legittimo*, se il contesto fattuale corrispondesse a quanto il soggetto si è rappresentato
     - non rileva in via generale l'errore *di diritto*, A MENO CHE non si realizzi un'ipotesi di errore scusabile di interpretazione delle norme che disciplinano i poteri del soggetto che ha impartito l'ordine
  2) uc dell'art. 51 prevede una DEROGA al principio dell'inefficacia scriminante dell'ordine illegittimo:
     non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge **non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine**
     - riferimento ai c.d. ***ORDINI ILLEGITTIMI VINCOLANTI***, che esistono nei settori della PA (militari etc) in cui l'ordinamento impone al subordinato di **eseguire comunque** l'ordine impartito dal superiore
     - ▶ del reato scaturente risponde ESCLUSIVAMENTE il soggetto gerarchicamente sovraordinato
     - **NB** anche in questo caso PERO' ci sono eccezioni all'*irresponsabilità dell'esecutore* dal momento che esiste anche un altro principio di carattere generale in base al quale "*va **sempre rifiutata** l'esecuzione di un ordine **manifestatamente criminoso**"*

     casi in cui il subordinato è in grado a prima vista di percepire la criminosità dell'ordine e in queste situazioni l'esigenza di **non ASSECONDARE** condotte criminose torna a prevalere sulle ragioni che motivano la disciplina dell'ordine

ESERCIZIO DI UN DIRITTO

- ex art. 51 cp anche questa scriminante trova fondamento nel **principio di non contraddizione:** l'ordinamento non può dopo aver riconosciuto a un soggetto il diritto di tenere una certa condotta, minacciare con la sanzione penale chi la realizza

♦ se la legge riconosce una servitù di passaggio, il soggetto a ciò legittimato non potrà essere punito per il reato di violazione di domicilio o accesso al fondo altrui

– **NB** si ritiene che l'art. 51 faccia riferimento non solo ai *diritti dei soggetti in senso stretto*, ma a *qualsiasi situazione giuridica soggettiva* che consenta ad una persona di realizzare un comportamento che astrattamente corrisponde a una fattispecie incriminatrice

♦ l'art. 383 cpp consente a qualsiasi soggetto di arrestare in flagranza l'autore di un delitto perseguibile d'ufficio: anche se si negasse l'esistenza di un diritto soggettivo vero e proprio, è evidente che l'esercizio di tale *facoltà* riconosciuta dalla legge scrimina la condotta che priva della libertà personale l'autore del reato

– è importante INTERPRETARE CORRETTAMENTE la norma che riconosce il diritto o la facoltà, il cui esercizio ha efficacia scriminante
  - la condotta giustificabile è SOLO quella corrispondente al diritto o facoltà legittima, e NON può allargarsi a *condotte strumentali* all'esercizio del diritto
  - in molti casi bisogna **identificare i limiti** entro cui un diritto, pur proclamato in generale, deve essere esercitato, e ricercare un punto di equilibrio in caso di diritti in conflitto

♦ problema del contemperamento tra la **libertà di manifestare il proprio pensiero** e il **diritto all'onore** della persona: le offese recate a quest'ultima sono giustificabili solo nei limiti individuabili per l'esercizio del **diritto di cronaca e di critica** (verità dei fatti, interesse pubblico alla conoscenza, correttezza)

♦ su questo piano e legato al diritto di proprietà, si colloca il problema degli ***offendicula*,** cioè forme di difesa passiva che possono andare dalla predisposizione di reticolati con corrente elettrica all'inserimento di cocci di vetro
  - NON si può sostenere che causare *conseguenze lesive* nei confronti di ipotetici aggressori sia espressione del diritto di proprietà, in quanto le norme in materia non autorizzano specificatamente tali casi
  - rientrano nell'ambito di applicazione della scriminante della *legittima difesa*

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LEGITTIMA DIFESA

└scriminante che rappresenta la proiezione moderna del principio di origine romanistica ***vim vi repellere licet***

art. 52 cp **Legittima difesa:**

"Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.

Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste sempre il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere:

a) la propria o la altrui incolumità:

b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.

Le disposizioni di cui al secondo e al quarto comma si applicano anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.

Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone"

- FONDAMENTO: esito di un **bilanciamento** di beni contrapposti che vede:
  a) la *moderata* prevalenza dell'interesse del soggetto aggredito
  b) la subordinazione dell'interesse dell'aggressore, colpito dalla **reazione difensiva** della vittima
- IPOTESI:

a) c.d. **legittima difesa CLASSICA**
   └delineato al c.1

b) c.d. **legittima difesa DOMESTICA o "allargata"**:
   ├introdotta nel 2006
   └nel 2019 il legislatore è nuovamente intervenuto con l'intento di allargarne l'ambito di applicazione

REQUISITI DELLA LEGITTIMA DIFESA ORDINARIA

1) **PERICOLO ATTUALE:**
   l'offesa deve essere **in corso di attuazione** o quanto meno **imminente**
   ♦ l'aggressore sta colpendo la vittima o le si sta avvicinando armato
   └è fondamentale nella logica della possibilità di autodifesa:
   a) se il *pericolo appare ormai superato* perché l'offesa si è pienamente concretizzata o il rischio non sussiste più, ammettere la commissione di un reato contro l'aggressore diventerebbe *autorizzazione alla vendetta*
   b) se il *pericolo appare proiettato in un futuro troppo lontano*, chi teme l'aggressione ha la possibilità di richiedere l'intervento degli organi pubblici: *non può procedere con una difesa preventiva*
2) **LESIONE DI UN DIRITTO PROPRIO o ALTRUI**
   ├di regola si fa riferimento a un vero e proprio diritto soggettivo (vita, incolumità, proprietà..)
   └la dottrina specifica che può trattarsi anche di situazioni giuridiche diverse dal diritto o di interessi legittimi, ma è un'ipotesi meno frequente (es chi impedisce fisicamente a un soggetto di alterare l'esito, aiutando un candidato nello svolgimento della prova, sempre che sussista la *necessità e la proporzione)*
3) **INGIUSTIZIA DELL'OFFESA:**
   l'offesa deve essere autorizzata o imposta dall'ordinamento
   ♦ non è possibile opporsi alla limitazione alla limitazione alla libertà personale posta in essere da un soggetto che procede all'arresto obbligatorio in caso di flagranza
   ├**NB** un'offesa inizialmente conforme al diritto può divenire ingiusta in un momento successivo
   └l'ingiustizia va valutata in **termini obiettivi:**
   a) prescinde dalla *buona fede* dell'aggressore: non occorre che questi agisca necessariamente con dolo o colpa
   b) è irrilevante la *capacità di intendere e di volere* del soggetto che crea il pericolo
   c) non è necessario che il pericolo di offesa derivi da *un essere umano*: si può reagire nei confronti di un animale

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

4) **NECESSITA' DELLA DIFESA**:
   se è possibile sottrarsi al pericolo senza alcun rischio, con modalità diverse dalla commissione di un reato nei confronti dell'aggressore, deve essere privilegiata tale scelta
   - **NB** su questo piano si pone il *delicato* problema della **FUGA**, quale ***alternativa alla reazione:***
     a) se l'aggredito può sottrarsi efficacemente e senza alcun rischio, in caso di *commodus discessus*, non è giustificata la ricerca dello scontro con l'aggressore
     b) se la fuga è pericolosa, l'aggredito è legittimato a colpire l'aggressore per neutralizzarlo
   - se *l'aggredito* ***ha provocato deliberatamente l'aggressione***, la reazione al pericolo non può considerarsi necessitata
   - a differenza dello stato di necessità, la reazione è sempre autorizzata *anche se il* ***pericolo era prevedibile***
     ♦ percorrere di notte la strada in un quartiere malfamato, non preclude la possibilità di difendersi
5) **PROPORZIONE DELLA REAZIONE:**
   il rapporto di proporzione deve essere instaurato TRA il **bene aggredito** e il **bene pregiudicato dalla reazione**
   ♦ se l'aggressore minaccia la vita dell'aggredito, quest'ultimo può uccidere l'aggressore
   ♦ non è possibile tutelare un bene patrimoniale cagionando la morte dell'aggressore
   - la comparazione non sempre è agevole in presenza di *beni eterogenei*
   - è importante valutare la situazione nella sua **evoluzione dinamica**
   ♦ se l'aggressore minaccia l'aggredito con un'arma, il bene in pericolo non è solo il patrimonio ma la vita
   ♦ la reazione nei confronti di due ladri che si arrendono dovrà essere più moderata, rispetto a due ladri, pur disarmati che abbozzano una risposta fisicamente aggressiva
   - **NB** la valutazione deve essere fatta **nel momento in cui l'aggredito percepisce il pericolo**:
     non è lecito lasciare crescere artificiosamente il pericolo per reagire con modalità maggiormente lesive
     ♦ non può invocare la legittima difesa chi, impugnando un'arma da fuoco, lascia avvicinare l'aggressore munito di un bastone e lo uccide nel momento in cui questi lo sta per usare (pur potenzialmente letale)

LEGITTIMA DIFESA DOMICILIARE

- ipotesi di legittima difesa introdotta nel 2006, con la l.59/2006 che ha introdotto 2 nuovi commi all'art. 51, in relazione al **requisito della proporzione**

– INTENTO dichiarato dal legislatore:
  mettere al riparo da un'incriminazione chi si fosse difeso contro un'aggressione nella propria abitazione
  - in realtà il **campo operativo** di questa legittima difesa "allargata" è più ampio in quanto:
    - il c.2 fa riferimento ai casi previsti ex art. 614.1,2: tutti gli atti posti in essere a fini difensivi, non solo nell'abitazione ma in ogni luogo di privata dimora (studi professionali, laboratori artigianali, uffici..)
    - il c.3 ricomprende esplicitamente ogni luogo di esercizio di un'attività commerciale o professionale

– FONDAMENTO dell'ampliamento di operatività:
  specie di **PRESUNZIONE della sussistenza del requisito della proporzione**
  - modello del cp francese che individua una *legittima difesa presunta* in caso di determinate aggressioni in ambito domiciliare
  - **NB** la giurisprudenza ritiene che la norma non stabilisca una *presunzione semplice,* ma ***relativa*** (che ammette prova contraria):
    - si ha un mero rovesciamento dell'onere della prova: non è l'imputato che deve allegare l'esistenza dei requisiti della causa di giustificazione
    - la scriminante viene riconosciuta automaticamente se il pm non assume un'iniziativa diretta a provare l'inesistenza di essa

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– **PRESUPPOSTI**:
  1) chi reagisce a difesa di se stesso o di altri deve essere
  - ***legittimamente* presente nel domicilio**
  - ***legittimo* detentore di un'arma**, se fa uso di essa
  2) la difesa deve essere finalizzata a difendere:
  - la propria incolumità o quella altrui
  - i beni propri o altrui
  3) la difesa deve avvenire quando **non vi sia desistenza** e **vi è pericolo di aggressione**
  → è stato modificato SOLO il concetto di proporzionalità, fermati restando gli altri requisiti di attualità e necessità

LA RIFORMA DEL 2019

└il legislatore modifica:

1) **l'art. 52.2,4** introducendo l'**AVVERBIO SEMPRE**
   └ con riferimento alla sussistenza del **rapporto di proporzionalità**

– INTENTO (e significato dato all'avverbio):
  allargare ulteriormente l'ambito applicativo della causa di giustificazione in quanto:
  1) sarebbe *sempre* presente la proporzione
  2) si potrebbe *prescindere dagli altri requisiti* quando si realizza la situazione descritta nel nuovo c.4
     └in particolare rimozione del requisito della **necessità** della reazione
  ⊢obiettivo di raggiungere il fine già prospettato nella riforma del 2006, neutralizzato dalla giurisprudenza aveva posto dei limiti, ricollegandosi alla lettura dell'art. 52.1
  →**NB** la PERENTORIETA' dell'avverbio usato è stato oggetto di un'enfatizzazione **priva di concreta rilevanza giuridica** in quanto la scriminante deve comunque essere sempre basata sulla presenza degli altri requisiti

2) **l'art. 55 (eccesso colposo**) aggiungendo un **ultimo comma**:

"Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

Nei casi di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 52, la punibilità è esclusa se chi ha commesso il fatto per la salvaguardia della propria o altrui incolumità ha agito nelle condizioni di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5) ovvero in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto"

→ il 2c non disegna una nuova causa di giustificazione, ma configura una ***mera causa di non punibilità:***
  consente di non punire chi, reagendo all'aggressione nel contesto dell'art. 52, sia andato *oltre quanto richiesto dalla* ***necessità***
  ⊢era possibile difendersi con modalità meno lesive, ma nel contesto **emotivamente condizionato** dalla vicenda si è andati oltre per lo stato di *grave perturbamento*, cagionando un'*offesa non necessaria* a danno dell'aggressore
  └**NB** in questi casi il legislatore RITIENE (non legittima) non punibile la condotta dell'aggredito

→ il requisito della necessità NON possiamo dire che sia PRESUNTO, quindi (se no si dovrebbe affermare la superfluità del nuovo articolo 55cp)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

STATO DI NECESSITA'

└scriminante che si applica ai reati che vengono commessi in situazioni di pericolo e con il fine di evitarlo, a danno di **un soggetto estraneo**

art. 54 cp **Stato di necessità**:

"Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.

Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.

La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo"

– gode di un *minor livello di accettazione* sul piano sociale, dal momento che il *reato che resta impunito*, è compiuto a **danno** di un *terzo innocente*

♦ alpinista che per evitare di essere coinvolto nella caduta taglia la fune che lo lega all'altro compagno di cordata

♦ chi, per evitare i colpi di un killer, si fa scudo con un'altra persona

REQUISITI

└sono maggiormente **restrittivi** rispetto alla *legittima difesa* al fine di restringere l'ambito di applicazione

1) **PERICOLO ATTUALE**:
   l'autore del fatto commette un reato per sottrarsi a un pericolo, che può derivare:
   a) da **fattori naturali** (frana, inondazione..)
   b) da **comportamenti umani** (un'aggressione)
   └sotto il profilo dell'*attualità* vi è coincidenza con quanto previsto all'art. 52cp: la valutazione dovrà essere ancor più rigorosa
2) il pericolo deve investire (e con un **elevato grado di intensità**) **BENI INERENTI LA PERSONA**:
   ├grave rischio per la **vita, l'incolumità fisica**, la **libertà personale** in senso fisico (evitare un sequestro, violenza) o in senso lato (sottrarsi ad una riduzione in schiavitù..)
   ♦ il giudice ha sostenuto la configurabilità della scriminante dello stato di necessità nei confronti di una donna straniera ridotta in condizioni di schiavitù e costretta a prostituirsi, che era stata indotta a commettere reati per il timore che in caso di disobbedienza potesse essere esposta a pericolo la sua vita o dei familiari
   └per parte della dottrina **non è una limitazione *molto ragionevole***: non si capisce perché se venisse posto in pericolo un **bene patrimoniale** si debba aprioristicamente negare la scriminante (nel caso in cui vi sia una proporzione tra il danno inflitto al terzo estraneo e quello che si intende evitare)
   ♦ caso di un improvviso incendio su un'auto che il proprietario estingue prelevando un estintore dal negozio vicino, magari forzando l'ingresso (la vicenda potrebbe risolversi con l'indennizzo del proprietario dell'estintore, al posto della responsabilità per furto aggravato)
3) **PROPORZIONE DELLA REAZIONE:**
   ├l'accertamento va fatto TRA il **danno inflitto al 3° e il danno che si intendeva evitare**
   ♦ non è ammissibile sacrificare la vita di un 3° innocente per evitare un pregiudizio per la propria incolumità personale o una limitazione della libertà personale
   └► non è possibile adottare quel criterio di *valutazione più elastica* ammissibile nel quadro della legittima difesa
4) **NON VOLONTARIA CAUSAZIONE DEL PERICOLO**:
   situazioni in cui un soggetto **ha creato il pericolo:**
   - *con piena volontà* (es chi cagiona un incendio per vendetta e poi si trova coinvolto)
   - *colposamente* (anche se è una tesi volta a circoscrivere l'ambito dell'art. 54, ma poco compatibile con la lettera della norma)
5) **INEVITABILITA' DEL PERICOLO**:
   se vi sono più alternative per sfuggire al pericolo, non si deve coinvolgere il 3°estraneo anche a costo di subire un pregiudizio (minore) da parte del soggetto che intende sfuggire al pericolo
   ├nella legittima difesa tale requisito non compare, pur essendo comunque indispensabile il limite della *necessità*
   └in questo caso la *fuga*, anche se disagevole, preclude l'operatività della scriminante

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- LIMITAZIONI DI NATURA SOGGETTIVA:
  a) lo stato di necessità non può essere invocato da parte di chi ha un ***particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo***
     - ♦ il vigile del fuoco non può sottrarsi a spese di terzi dal pericolo derivante da un incendio, ma in caso di naufragio di una crociera è da considerarsi un passeggero come gli altri
- OBBLIGO DI EQUO INDENNIZZO (ex art. 2045 cc)
  └conseguenza sul piano civilistico prevista in caso di comportamento scriminato dallo stato di necessità
- **NB** il terzo potrebbe sempre reagire autotutelandosi nei limiti previsti per la legittima difesa

USO LEGITTIMO DELLE ARMI

scriminante dedicata specificatamente all'uso di MEZZI DI COAZIONE da parte dei **pubblici ufficiali**

art. 53 **Uso legittimo delle armi**:

"Ferme le disposizioni contenute nei due articoli precedenti, non è punibile il pubblico ufficiale che, al fine di adempiere un dovere del proprio ufficio, fa uso ovvero ordina di far uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza all'Autorità e comunque di impedire la consumazione dei delitti di strage, di naufragio, sommersione, disastro aviatorio, disastro ferroviario, omicidio volontario, rapina a mano armata e sequestro di persona.

La stessa disposizione si applica a qualsiasi persona che, legalmente richiesta dal pubblico ufficiale, gli presti assistenza.

La legge determina gli altri casi, nei quali è autorizzato l'uso delle armi o di un altro mezzo di coazione fisica"

- AMBITO DI APPLICAZIONE:
  è opinione consolidata che la norma si riferisca ai SOLI pubblici ufficiali ai quali siano esplicitamente conferiti poteri e strumenti di coazione, sinteticamente individuati con l'espressione "***forza pubblica***":
  - polizia e polizie locali
  - carabinieri
  - guardia di finanza
- gli STRUMENTI utilizzabili sono:
  1) le **armi in dotazione**
  2) gli altri **mezzi di coazione fisica**

  legittimamente utilizzabili in base alla disciplina dei corpi di appartenenza
- REQUISITI per l'uso legittimo:
  1) al fine di adempiere un **dovere del proprio ufficio** (non per *finalità private*)
  2) per la necessità di **respingere una violenza** o di vincere una **resistenza all'Autorità**, per **impedire la consumazione di alcuni reati** elencati all'art. 53.1

PROFILI DISCUSSI MAGGIORMENTE

- **INTERPRETAZIONE DEL 2° REQUISITO:**

a) concetto di **RESISTENZA**:
   ├discussione sulla necessità di una resistenza ***attiva*** o di una mera resistenza ***passiva***
   └i sostenitori dell'interpretazione più ampia affermano che:
      1) richiedere una contrapposizione fisica all'agente finisce per far coincidere il presupposto in questione con la violenza stessa, annullando l'autonomia della resistenza
      2) anche una resistenza passiva è in grado di ostacolare l'esercizio dell'attività doverosa (es il frapporsi di molte persone all'arresto in flagranza)

b) concetto di **FUGA**
   ├la giurisprudenza e la dottrina la considerano un'**ipotesi di resistenza passiva**, salvo le eccezioni previste dalle specifiche disposizioni di legge in alcune materie
   └PERO' si è aperta una discussione sulla legittimità dell'uso delle armi in questi casi:
   - per parte della dottrina **non legittima** il ricorso a mezzi potenzialmente lesivi soprattutto in situazioni in cui l'uso possa portare ad *esiti letali*, sproporzionati all'interesse statale

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- per un'altra parte invece la fuga non può essere ritenuta una situazione impedente l'uso delle armi, e che la **legittimità** vada misurata sul requisito della necessità, che evoca altresì un giudizio di proporzionalità tra interessi in conflitto in relazione al pericolo di danno per terzi che può derivare dalle modalità della fuga

– il silenzio della norma in merito al REQUISITO DELLA **PROPORZIONALITA':**
  └ è giustificato nella prospettiva storica del codice, che in virtù del suo indirizzo molto autoritario, non lo ha inserito per *scelta politica* (lasciare le *mani libere* alle forze dell'ordine contro chi si contrappone)
  - la posizione dell'art. 53, collocato tra 2 cause di giustificazione, che esplicitamente prevedono tale requisito, esclude che si tratti di una *dimenticanza*
  - **NB** è **esclusa** la possibilità di ricorrere a **un'*estensione analogica*** per via:
    1) dell'effetto *in malam partem*
    2) della carenza di una lacuna (il silenzio del legislatore è frutto di una precisa scelta)
  - **NB** però l'*assenza del requisito* renderebbe la norma **incompatibile** con l'assetto democratico dello stato, e quindi giurisprudenza e dottrina lo considerano un ***requisito implicito*** della scriminante (inserito in via interpretativa)
  - si sottraggono al requisito della proporzione alcuni degli *altri casi* di uso di armi previsti da norme di **leggi speciali** (ex art. 53 uc), di cui il caso più significativo è in tema di repressione del contrabbando (con una serie di requisiti richiesti dalla situazione in cui bisogna intervenire)

→ AMBITO DI OPERATIVITA' dell'art. 53
  └ considerando la **clausola di sussidiarietà** con cui si apre la norma ("*ferme le disposizioni contenute negli articoli precedenti")*
  a) se le armi o gli altri mezzi di coazione sono usati per respingere un pericolo di offesa ingiusta nei confronti della Pubblica Autorità o di terzi, nel rispetto del principio di proporzione, il pubblico ufficiale si vedrà riconoscere la legittima difesa
  b) l'art. 53 resterà applicabile a fronte di *resistenze* che non implichino il pericolo di un'offesa ingiusta

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

IL CONSOLIDAMENTO DEL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA PER IL FATTO

– si afferma a partire dall'*Illuminismo*:
si **impedisce,** in primo luogo, **di punire un soggetto per un fatto ALTRUI**
♦ nell'applicazione di alcune sanzioni (quali la confisca, l'esilio) venivano coinvolti tutti i membri della famiglia del condannato (e quindi anche soggetti del tutto *incolpevoli*)

– **ACCEZIONI** che *oggi* ha il principio di colpevolezza:
1) impedisce la responsabilità penale per fatto altrui
└cioè la ***riconducibilità soggettiva***
2) impone di punire SOLO quando il soggetto abbia **agito con dolo o colpa**
└cioè solo quando il fatto sia ***concretamente rimproverabile***

→ in questa prospettiva appaiono CONTRASTARE con tale principio tutte quelle forme di **responsabilità c.d. OGGETTIVA**, che si accontentano della *mera derivazione causale del fatto dall'agente*, prescindendo da qualsiasi indagine sulla volizione (dolo) o sulla prevedibilità (colpa) degli elementi costitutivi del reato

– il **RUOLO preminente** del principio di colpevolezza in materia penale si è andato man mano chiarendo, nella prospettiva di ritenere **legittimo** il ricorso alla sanzione penale SOLO in presenza di un **CONCRETO rimprovero** al soggetto agente
└► la commissione Grosso ha proposto di introdurre, ad inizio del codice a fianco del principio di legalità, un'esplicita affermazione del ruolo fondamentale di tale principio
└c'era proprio un art. rubricato "**Responsabilità colpevole**" che affermava: "*la colpevolezza dell'agente per il reato commesso è* ***presupposto indefettibile*** *della responsabilità penale*"
└riferimento centrale

→ stretta connessione con il ***principio di materialità***

→ sono RESPINTE tutte le tendenze a declinare il giudizio di colpevolezza non sul fatto storico, ma sulla ***personalità dell'autore*** (c.d. "colpa d'autore" della dottrina tedesca durante il periodo nazionalsocialista)
└**NB** marginali casi in cui emerge una **deriva personalistica** del nostro attuale ordinamento penale:
a) condotte nelle quali emerge una certa **abitudine al delitto** (es sfruttamento abituale della prostituzione)
b) aggravanti per il **recidivo** e per colui che commette un reato in stato di **ubriachezza abituale**
..ad ogni modo non viene messo in 2° piano il NESSO INSCINDIBILE tra colpevolezza e fatto commesso!

→ non si può attribuire rilevanza all'***atteggiamento interiore del reo***, evitando interferenze tra diritto penale e morale
└ ciò lo dimostra la non punibilità di atti di **mera connivenza**, se pur caratterizzati dalla riprovevole (sotto il profilo etico) accettazione di un fatto di reato

– la **CONCEZIONE c.d.** "**PSICOLOGICA**" della colpevolezza:
si concentrava sulla relazione di *tipo psicologico* tra fatto e autore
└secondo questa teoria, la colpevolezza costituiva il ***genus***, all'interno del quale trovavano spazio **2** ***species***, che costituivano la declinazione concreta: il rapporto tra fatto e autore poteva manifestarsi:
a) nella forma della **volizione** (dolo
b) nella forma della **mancata volizione** (colpa)
– SCOPO di tale costruzione: escludere qualsiasi rilevanza ai motivi a delinquere del reo e alla personalità dell'autore
– PREGI: 1) nel *'800* fu un importante momento per l'affermazione dell'idea di una *colpevolezza per il fatto*
2) dava conto, nel pieno rispetto del principio di proporzione, della maggiore severità con la quale sono puniti i fatti dolosi rispetto ai colposi
└CRITICHE: 1) difficoltà di ricondurre la c.d. colpa incosciente ad un paradigma psicologico comune
2) l'esigenza di escludere i motivi a delinquere del reo nei ns sistemi penali è venuta meno

→ si è pertanto progressivamente imposta una ≠ idea di colpevolezza, **c.d. "NORMATIVA"**, quale mero giudizio di rimproverabilità per il fatto, alla luce delle legittime pretese dell'ordinamento, che impone di non realizzare, volontariamente (dolo) o per violazione di regole cautelari (colpa), fatti vietati
└tale approccio permette anche di **graduare la colpevolezza** in relazione ai motivi che hanno spinto il reo a delinquere (nel dolo) o che ne hanno provocato la violazione di regole cautelari

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

L'EVOLUZIONE DEL PRINICIPIO DI COLPEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

– **NB** l'idea di colpevolezza è strettamente legata alle **funzioni che si attribuiscono alla PENA:**
a seconda che ci si muova in *ottica* ***retributiva, preventiva o risocializzante*** vengono a mutare significativamente il ruolo assunto dalla colpevolezza nella **dogmatica** e la sua **funzione in sede di commisurazione della pena**

→ in ottica **RETRIBUTIVA** la pena veniva intesa proprio come *corrispettivo della colpevolezza*, in una prospettiva che rischiava di confondere il diritto penale con la morale, proponendo di ricompensare, con la *sofferenza della pena*, il male commesso

→ l'affermazione del paradigma **PREVENTIVO** ha assegnato una diversa funzione alla colpevolezza:
la minaccia di pena (elemento fondante la c.d. ***prevenzione generale intimidatrice***) ha senso nella misura nella quale si rivolge a soggetti che possono scegliere come agire

→ **NB** il principio di colpevolezza trova vero e proprio fondamento con riferimento alla funzione **RIEDUCATIVA** della pena, dal momento che colui al quale non si può rimproverare di aver commesso un fatto doloso o colposo, (ad es. ha causato la morte di un uomo per caso fortuito), non ha nessun bisogno di essere rieducato

AGGANCIO COSTITUZIONALE PER IL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA

└in assenza di una previsione esplicita al riguardo, la corte ha elaborato un articolato e complesso ragionamento, soprattutto attraverso **2 fondamentali sentenze entrambe dell'88**

– PRIMA PRONUNCIA (sent. 364/'88):
è stata emessa con riferimento al principio originariamente contenuto all'art. 5 cp, in materia di ***inescusabilità dell'ignoranza della legge penale***
  - dichiarazione di PARZIALE ILLEGITTIMA della norma, nella parte in cui non prevedeva **l'efficacia scusante** dell'**ignoranza inevitabile**
  - la corte ha esplicitamente attribuito **rango costituzionale** al principio di colpevolezza, con riferimento all'art. 27.1,3 cost
  - RAGIONAMENTO:

a) sottolinea che *la responsabilità penale è personale* e su questa direttrice sviluppa un ragionamento che la porta ad affermare che "*il principio di colpevolezza costituisce il* ***secondo aspetto del principio di legalità****:*
b) per attuare compiutamente la funzione di garanzia di quest'ultimo, è indispensabile fondare la responsabilità penale su **congrui elementi soggettivi**;
c) a nulla infatti servirebbe garantire il principio della riserva di legge statale, la tassatività etc se il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può impedire, o in relazione ai quali non è in grado, senza la minima colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli

→ **NB** la piena affermazione del principio di colpevolezza può essere colta attraverso la lettura dell'art. 27 cost:

"La responsabilità penale è personale.
L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.
Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato"

- alla luce della **finalità RIEDUCATIVA della pena**, essa postula *almeno* la colpa dell'agente in relazione agli elementi della fattispecie tipica
- non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa, non ha bisogno di essere rieducato

(solo nel caso in cui alla pena venisse assegnata una funzione esclusivamente deterrente, potrebbe configurarsi come legittima una responsabilità penale per fatti non riconducibili alla colpa dell'agente)

→ ***è necessaria quantomeno la colpa in relazione agli elementi più significativi della fattispecie incriminatrice***

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- SECONDA PRONUNCIA:
  si trattava di valutare la legittimità costituzionale della norma del codice che punisce il **furto d'uso**, nella parte in cui *non attribuisce rilievo* all'impossibilità da parte del colpevole, dovuta a caso fortuito o a forza maggiore, di *restituire la cosa sottratta immediatamente dopo l'uso*
  - la corte ha affermato che "*perché l'art. 27.1 sia rispettato e la responsabilità penale fosse autenticamente personale, è indispensabile che* ***tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente***"

→ ne consegue che rispetto ad *elementi che non caratterizzano* in modo alcuno il disvalore del fatto, non è richiesto questo ***minimum* di riferibilità psichica** all'agente

ELEMENTI POSITIVI E NEGATIVI DELLA COLPEVOLEZZA NELLA STRUTTURA DEL REATO

- **NB** nella **STRUTTURA della colpevolezza** rientrano:
  1) il dolo
  2) la colpa
  3) la conoscibilità della legge penale
- ruolo dell'**IMPUTABILITA'**:
  - dottrina è divisa
  a) la dottrina prevalente, soprattutto di recente, ritiene di dover includere tra **gli *elementi costitutivi positivi della colpevolezza***, in virtù del ruolo che nella concezione normativa viene ad assumere la possibilità di muovere un rimprovero all'agente
     - dal momento che il soggetto non imputabile (per minore età, per vizio di mente..) è per definizione non rimproverabile, l'imputabilità viene considerata il **1° momento di valutazione della colpevolezza**
  b) altri autori invece la considerano come una ***condizione personale*** del reo, intesa come **capacità di essere sottoposto alla pena** (posizione del manuale che la tratta separatamente)
- categoria delle **SCUSANTI** (cause soggettive di esclusione della colpevolezza):
  situazioni che intervengono su un fatto tipico e anche antigiuridico, che l'ordinamento decide di non punire, dal momento che **rendono inesigibile nel caso concreto il rispetto della norma**
  - ♦ la madre che mente al giudice, confermando il falso alibi del figlio, al fine di evitargli la condanna all'ergastolo, dal momento che si trova in un grave stato di perturbamento psicologico
  - si ritiene che integrino un **elemento costitutivo negativo** della colpevolezza
  - sono fondate sulla **INESIGIBILITA'** di una condotta conforme al precetto penale
    - è la ratio che giustifica la previsione di alcune cause di non punibilità, dettate dall'impossibilità di pretendere, dal soggetto, il rispetto del comando (o del divieto) penale
      - questa posizione pare condivisibile, dal momento che nella più generale categoria delle cause di non punibilità, a fianco delle scriminanti, pare corretto inserire le scusanti (?)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL DOLO

L'ELEMENTO SOGGETTIVO NEI DELITTI E NELLE CONTRAVVENZIONI

art. 42 cp **Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale:**

"Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà.

Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.

La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione.

Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"

NEI DELITTI

- REGOLA ex art. 42.2:
  il criterio ordinario** di imputazione soggettiva è il **DOLO;** l'imputazione **colposa o preterintenzionale** deve essere **espressamente prevista dalla legge
- i DELITTI COLPOSI sono previsti in materia di:
  a) tutela dell'integrità fisica e della vita (omicidio, lesioni personali..)
  b) dei delitti contro l'incolumità pubblica (delitti di incendio, disastro..) che costituiscono comunque un'anticipazione della tutela dell'incolumità individuale, quale bene ultimo da proteggere
  - sono rari in *altre materie* e sempre esclusi nell'ambito della tutela del patrimonio
- i DELITTI puniti A TITOLO DI PRETERINTENZIONE (per espressa dichiarazione normativa) sono:
  1) omicidio preterintenzionale (ex art. 584 cp)
  2) interruzione della gravidanza (art. 18 l. 194/78)

NELLE CONTRAVVENZIONI

- REGOLA ex art. 42.4:
  *ciascuno risponde della propria condotta cosciente e volontaria, **sia essa dolosa che colposa***
  - è INDIFFERENTE se il fatto è stato commesso con dolo o con colpa

→ l'*indifferenza* attiene **all'integrazione della fattispecie** incriminatrice sotto il **profilo soggettivo**:
non è rilevante se il soggetto abbia agito con dolo o con colpa
lo sarà ai fini della misurazione della pena

→ l'*indifferenza* non copre le diverse regole di disciplina dettate per i fatti dolosi o colposi
- ex art. 43 uc è previsto che:
  "La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti(4), si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico."

♦ se un provvedimento di indulto esclude le contravvenzioni dolose, il giudice accertato che il fatto sia stato commesso con colpa, applicherà l'indulto

- **NB** ci sono, eccezionalmente, alcune contravvenzioni che sono costruite in modo tale da essere compatibili con la sola imputazione colposa

♦ art. 676 cp che punisce la rovina di un edificio, che crolla per colpa di chi abbia avuto parte nella progettazione o costruzione, se dal fatto è derivato pericolo alle persone

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

STRUTTURA ED OGGETTO DEL DOLO

art. 43.1 cp **Elemento psicologico del reato**:

"Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione;"

→ DEFINIZIONE:

a) in parte ***fuorviante*** per il riferimento "**all'intenzione**", che potrebbe far ritenere che rientri nell'imputazione dolosa solo l'ipotesi nella quale l'agente agisce proprio con il fine di realizzare l'evento descritto dalla fattispecie incriminatrice
   - escluderebbe tutte le ipotesi di c.d. *dolo diretto o eventuale*

b) in parte ***incompleta*** sotto il profilo dell'oggetto del dolo stesso dal momento che è presente un riferimento unicamente all' "**evento**", conseguenza della condotta dell'agente, dal quale la legge fa discendere l'esistenza del reato (c.d. *evento naturalistico*)
   - se si prendesse alla lettera la norma, dovremmo ritenere incompatibili con l'imputazione dolosa i delitti di mera condotta

OGGETTO DEL DOLO

– va ricavato da 3 norme del codice:

1) art. 43.1: l'**evento** (quando sia presente) deve essere dall'agente rappresentato e voluto
2) art. 47.1: **erronea rappresentazione** di uno degli **elementi della fattispecie incriminatrice**
3) art. 59: **erronea rappresentazione** di una **causa di giustificazione**

entrambe le norme ESLCUDONO LA PUNIBILITA' dell'agente per *mancanza di dolo*: l'errore, infatti, quale erronea rappresentazione del fatto, è il contrario speculare della corretta rappresentazione richiesta per l'imputazione dolosa

NB ipotesi di errore che NON esclude il dolo: l'*errore sull'identità della persona offesa* ex art. 60 cp

♦ se tizio crede di sparare a caio ma a causa della penombra spara a un ignaro passante, scambiandolo per la sua vittima designata, egli risponde ugualmente di omicidio doloso)

→ l'oggetto del dolo è costituito dal **FATTO TIPICO conforme a una fattispecie astratta di delitto**

OGGETTO DI RAPPRESENTAZIONE DEL DOLO

1) gli elementi DESCRITTIVI**:** qualifiche naturalistiche (es con termini quali cosa, uomo, atto sessuale..)
2) gli elementi NORMATIVI**:** qualifiche giuridiche (es *altruità della cosa*)
   - richiedono la c.d. ***conoscenza della sfera laica:*** integra il requisito della rappresentazione di questo elemento non la piena conoscenza delle norme giuridiche che regolano il *diritto di proprietà*, ma la percezione diffusa nel senso comune, di *cosa che appartiene a un altro e non a me*

→ **NB** devono essere oggetto di rappresentazione TUTTI gli elementi descrittivi e normativi del fatto:

a) i **presupposti della condotta** (es il precedente matrimonio)
b) la **condotta stessa** (rispetto alla quale è richiesta una rappresentazione psicologica effettiva)
c) **l'evento naturalistico** (quando presente)
d) le **qualifiche soggettive del reo**
   - NON è necessario che l'agente *sappia di rivestire* nel momento in cui compie una certa funzione: si tratta di ignoranza della legge penale, che è di norma irrilevante, tranne quando sia inevitabile
     ♦ nel delitto di peculato, che presuppone la qualifica di pubblico ufficiale, non è necessario che l'agente sappia di rivestire la qualifica propria, ma che si rappresenti di assumere un ruolo ad una funzione che, in concreto, lo portano a gestire denaro pubblico (del quale indebitamente si appropria)

– RAPPORTO DI CAUSALITA':

la rappresentazione della derivazione causale dell'evento dalla condotta NON VIENE MENO per un qualche **decorso causale anomalo**

♦ se tizio istiga caio perché dietro compenso uccida sua moglie e gli fornisce una pistola, l'elemento del dolo non viene meno se si accerta che l'omicidio è stato commesso con un coltello da cucina trovato per caso i n

ciò che conta è che il soggetto potesse rappresentarsi il decorso causale **nei suoi tratti essenziali**, e non anche nei suoi concreti dettagli del caso

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- nelle condotte OMISSIVE PROPRIE, l'agente deve rappresentarsi:
  1) la situazione tipica descritta dalla norma
     - ♦ il corpo nel quale si imbatte nell'omissione di soccorso; l'aver ricevuto una richiesta da un privato di compiere un certo atto, per l'omissione d'atti d'ufficio del pubblico ufficiale
  2) il termine per adempiere (sia esso espresso o implicito)
  3) la possibilità di agire

  l'autore deve poter individuare, nella vicenda concreta, quale sia la condotta imposta dalla legge e rendersi conto che essa è concretamente praticabile
- nei reati OMISSIVI IMPROPRI sono oggetto di rappresentazione:
  1) la possibilità di agire
  2) la posizione di garanzia rivestita rispetto al bene tutelato (sia essa di protezione o di controllo)
  3) l'azione impeditiva dell'evento

ELEMENTO VOLITIVO DEL DOLO

- secondo la **TEORIA DELLA RAPPRESENTAZIONE** (più datata):
  l'oggetto di volizione può essere SOLO, *strictu sensu,* LA CONDOTTA

  ciascuno di noi può *volere* solo i propri movimenti corporei, mentre le ***conseguenze*** *dei nostri atti* (es l'evento naturalistico in un delitto) ***possono essere al più rappresentate e auspicate***, non volute
- oggi tende a prevalere la **TEORIA DELLA VOLONTA'**:
  questa impostazione fa rientrare nell'oggetto della volizione (così come della rappresentazione) TUTTI GLI ELEMENTI DEL FATTO TIPICO, con **esclusione**:
  a) dei *presupposti della condotta*
  b) delle *qualifiche personali*

  } essendo previe all'agire, possono essere solo oggetto di rappresentazione

  si ritiene che le ***conseguenze*** dei comportamenti umani, sia quando intenzionalmente prodotte, che quando rappresentate come certe, o anche solo possibili, ma delle quali si ***accetta il rischio della verificazione***, sono **accettate dalla volontà umana,** e quindi sono volute

IL MOMENTO VOLITIVO DEL DOLO

momento in cui si valuta la presenza del dolo:

- dolo **CONCOMITANTE** (rileva)**:**
  valutato nel momento della **condotta**, o meglio, nel *momento nel quale l'agente compie l'ultimo atto di dominio sullo svolgimento del fatto*
- dolo **ANTECEDENTE** (NON rileva):
  - ♦ tizio vuole uccidere la fidanzata, e la sta conducendo in auto sul luogo del delitto, ma durante il percorso esce di strada e la vittima muore

    si tratta di un **omicidio colposo** e non doloso!
- dolo **SUSSEGUENTE** (NON rileva):
  - ♦ caio porta distrattamente a casa un ombrello molto simile al suo, prelevato dal portaombrelli del ristorante e giunto a casa, e accortosi dell'errore, si tiene l'oggetto che in migliore stato del suo

    nessun reato, perché manca il dolo al momento dell'impossessamento (il furto non è punito a titolo di colpa)!
- per l'accertamento dell'momento volitivo con riferimento alla CONDOTTA ATTIVA, bisogna distinguere tra:
  a) reati **a forma LIBERA:**
     il momento volitivo deve investire l'ultimo atto, tra quelli che causano l'evento, che sia sotto il dominio dell'agente
     - ♦ vi è dolo se intenzionalmente tizio porge il bicchiere con il veleno alla vittima designata
  b) reati **a forma VINCOLATA:**
     occorre che l'agente voglia proprio la particolare modalità del fatto descritta dalla fattispecie incriminatrice
     - ♦ nel delitto di violenza sessuale non è sufficiente la volizione del compimento di un atto sessuale senza il consenso della vittima, ma occorre che la volontà abbia anche l'uso di violenza/minaccia/ abuso autorità

     infatti nei reati omissivi (propri e impropri) la volontà dell'agente attiene alla decisione consapevole di non compiere l'azione doverosa, cioè di non adempiere all'obbligo giuridico di agire

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **NB** non rileva neanche il c.d. ***DOLUS GENERALIS***: situazione nella quale l'agente si rappresenta e vuole l'evento naturalistico, ma in termini astratti e generici, senza che l'atteggiamento psicologico sia specificatamente rivolto a tutti gli elementi coperti dal fatto storico
  - ♦ tizio ferisce a bastonate una vittima e, credendola morta, le dà fuoco, ma la perizia accerta che essa è morta soffocata dal fumo delle fiamme
    - non è omicidio doloso e distruzione di cadavere, perchè manca il dolo al momento nel quale si cagiona la morte, ma **tentato omicidio** e **omicidio colposo**

LA COSCIENZA DELL'OFFESA

NB l'oggetto del dolo si esaurisce nella rappresentazione e volizione di tutti gli elementi del fatto tipico o deve essere arricchito anche dalla c.d. ***coscienza dell'offesa all'interesse tutelato***

- PUNTO DI PARTENZA:
  l'art. 5 cp chiarisce che in materia di *irrilevanza dell'ignoranza della legge penale*, impediva di attribuire qualsiasi peso alla coscienza dell'illiceità penale, quale elemento costitutivo del dolo:
  - **presunzione assoluta di CONOSCENZA DEI PRECETTI PENALI,** che coinvolge inesorabilmente anche la ***consapevolezza del disvalore*** *penale dei propri atti*
- prima della sull'art.5, la 1° sez. della corte di cassazione aveva più volte ribadito che la **COSCIENZA DELL'OFFESA non** poteva rientrare **nell'oggetto del dolo**, auspicando in più occasioni, una modifica del principio di irrilevanza dell'ignoranza della legge penale, proprio per conferire dignità alla consapevolezza dell'offesa
- con la sent. cost 364/99 è stato affermato che l'ignoranza inevitabile della legge esclude la consapevolezza dell'agente: la consapevolezza dell'illiceità continua ad essere esclusa dall'oggetto del dolo, ma dal punto di vista pratico non dovrà essere punito chi tale non consapevolezza non potesse assolutamente averla
- **NB** ≠ la questione per quanto attiene alla CONSAPEVOLEZZA DEL CARATTERE ANTISOCIALE, cioè la coscienza che il proprio comportamento si pone in contrasto con i valori fondamentali della società, in quanto offende un bene o un interesse rilevante e meritevole
  - non sempre all'illiceità penale è presupposta una violazione dei valori fondamentali, e anzi ciò è escluso con riferimento ai c.d. reati di pura creazione legislativa (alcune ipotesi in materia societaria, fiscale..) dove spesso è molto difficile cogliere immediatamente il carattere antisociale del fatto

→ ESCLUSO che l'illeceità penale o carattere antisociale possano arricchire l'oggetto del dolo, si dovrebbe comunque ammettere che la COSCIENZA DELL'OFFESA ALL'INTERESSE tutelato, intesa nella sua dimensione fattuale e non giuridico-penale, vada adeguatamente valorizzata
  - le poche affermazioni da parte della giurisprudenza in tal senso non hanno mostrato che, accertata la mancanza della consapevolezza dell'offesa, si è pervenuti ad una sentenza assolutoria per mancanza di dolo

LE FORME DEL DOLO

1° distinzione: dolo generico e specifico

il soggetto realizza la condotta descritta nella norma penale, non rilevano i motivi. es, cagiona la morte, sufficiente che volesse uccidere per rappresentare dolo generico, non rileva se per rabbia, vendetta, etc

a) dolo **GENERICO**:
   la rappresentazione e la volontà di commettere un fatto, che **coincide in tutti i suoi elementi** con una fattispecie incriminatrice
   - **NB** la finalità perseguita dall'agente è del tutto **irrilevante** sotto il profilo soggettivo
   - al più questi elementi potranno incidere sulla commisurazione della pena, nella scelta che il giudice deve fare tra il minimo e il massimo edittale

Oltre al fatto, serve capire il motivo, l'autore deve agire per un certo scopo, qui diventa essenziale. Non basta prendere qualcosa di altrui, serve ricavare un vantaggio specifico

b) dolo **SPECIFICO**:
   si ha quando tra gli elementi della fattispecie compare anche una **particolare finalità che deve muovere l'agente**, senza che sia necessario che tale finalità si realizzi ad integrare la consumazione del delitto
   - casi descritti con formule come "*al fine di", o "con lo scopo di"*
   - perché sia integrato l'elemento soggettivo doloso, oltre alla rappresentazione e volontà del fatto tipico, occorre anche dare prova che il soggetto era mosso dalla finalità descritta dalla norma

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

♦ il delitto di **FURTO** ex art. 624 cp è integrato dalla sottrazione e dall'impossessamento di una cosa mobile altrui ***al fine di trarne profitto***
- un ladro che rubasse il portafoglio di una signora e subito dopo venisse arrestato (e quindi senza trarne realmente profitto economico) risponde comunque di furto
- la cassazione ha affermato che nel delitto di furto il dolo specifico non sia necessariamente rivolto alla realizzazione di un vantaggio economico, MA si può dirigere anche ad una semplice **soddisfazione morale o di qualsiasi altra natura** (*una qualsiasi utilità o vantaggio, anche di natura non patrimoniale; […] è sufficiente che il soggetto abbia agito anche per il fine soddisfacimento di un qualsiasi interesse anche psichico*
  come per un dispetto, ritorsione o vendetta
- una parte di dottrina invece ritiene che in tema di furto il fine di trarne profitto vada interpretato **in senso restrittivo**, e cioè come finalità di ricavare dalla cosa sottratta un'utilità apprezzabile in termini economici-patrimoniali

– FINALITA' del DOLO SPECIFICO:

1) costituisce una significativa **ANTICIPAZIONE della tutela penale**
   nei **delitti contro il patrimonio**, il medesimo elemento costitutivo (il ***profitto***) può essere:
- evento naturalistico del delitto
  ♦ delitti di **truffa** o **estorsione**
- elemento costitutivo della fattispecie come dolo specifico (come finalità che deve muovere il reo) e il reato è perfetto in tutti i suoi elementi anche se non si realizza in concreto
  ♦ delitti di **furto** e **rapina:**
  essendo PIU' GRAVI, si anticipa la punibilità del fatto rispetto alla truffa o all'estorsione
  ♦ delitto di **strage** (art. 422 cp):
  viene punito chi compie atti tali da mettere in pericolo la pubblica incolumità *al fine di uccidere* è consumato indipendentemente dalla morte di una persona, che integrerebbe un'aggravante

2) rende **punibile un fatto ALTRIMENTI LECITO**
   nei **reati associativi,** che sono incriminati perché l'associarsi (di per sé lecito) è finalizzato al compimento di delitti

3) consente di **DISTINGUERE tra 2 diverse fattispecie incriminatrici**
   ♦ l'appropriarsi di una missiva da parte di colui che non ne sia il destinatario, può integrare il delitto di sottrazione di corrispondenza se il colpevole agisce per prendere cognizione del contenuto della lettera; oppure il furto se la busta contiene denaro del quale reo intende appropriarsi

2° distinzione: dolo intenzionale, diretto ed eventuale

a) dolo **INTENZIONALE**:
quando il soggetto agisce perché **intende realizzare la condotta o causare l'evento** (nei delitti ad evento naturalistico)
- INTENZIONALITA' *non deve essere confusa* con il **MOVENTE**:
  la ragione interiore, intima, la motivazione personale che spinge il reo a realizzare quel delitto, per conseguire un qualche suo scopo
- **NB** il movente non rileva ai fini dell'integrazione del dolo, MA:
  1)può rilevare come ***circostanza attenuante o aggravante***
  2)ha rilevanza sotto il profilo processuale, ai fini della **prova del compimento del fatto**
- il FATTO REALIZZATO costituisce il fine per il quale il soggetto si determina ad agire e costituisce quindi la forma **più grave** di dolo (l'elemento volitivo qui raggiunge il suo *apice*)
  ♦ killer che uccide un uomo politico durante un comizio: l'intenzionalità di colpire proprio quella specifica vittima costituisce l'elemento che integra il dolo intenzionale; l'eventuale fine ideologico o di lucro che muove il killer, il movente del delitto

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) dolo **DIRETTO**:
il soggetto, pur **non avendo di mira come finalità primaria la realizzazione del fatto** vietato dalla norma, agisce con la **consapevole certezza** (o comunque un **alto grado di probabilità**) di realizzarlo
♦ killer incaricato di uccidere un magistrato, decide di piazzare una carica di tritolo nella macchina della vittima, pur sapendo che questi ogni mattina porta con se sua figlia a scuola
└ dolo intenzionale per la morte del magistrato, e dolo diretto per la morte della figlia, che morirà molto probabilmente nell'esplosione a meno che proprio quel giorno non vada a scuola

c) dolo **EVENTUALE**:
l'agente si configura **come possibile** (non come certo o altamente probabile) **il verificarsi di un reato**, e ciononostante agisce anche a costo di realizzarlo
- rappresentazione in termini NON DI CERTEZZA, ma di MERA PROBABILITA'
  ♦ killer che piazza il tritolo sull'autovettura della vittima designata, può rappresentarsi come possibile che, nella deflagrazione, oltre al giudice e alla figlia, perda la vita anche un passante, e pur di realizzare il suo proposito criminale, ne accetta il rischio
- **NB** è difficile definire con certezza i limiti e ciò si complica considerando il fatto che spesso confina con la c.d. ***colpa cosciente o con previsione***

CONFRONTO TRA DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE

└elemento comune: **rappresentazione della possibilità del verificarsi dell'evento**

a) nella COLPA COSCIENTE la **rappresentazione a contenuto negativo**
└il reo esclude nel caso concreto che l'evento si verificherà, in virtù delle proprie capacità e altri fattori conosciuti

♦ l'esperto guidatore che per andare a prendere il figlio in tempo a scuola, guida molto velocemente, si rappresenta come possibile un incidente, ma esclude che ciò si verifichi facendo affidamento sulla sua capacità di guida, risponde per colpa cosciente

b) nel DOLO EVENTUALE la rappresentazione **ha contenuto positivo**
└il soggetto agisce ugualmente per conseguire a qualsiasi costo l'obiettivo

♦ il rapinatore che per sfuggire alla polizia guida velocemente anche a costo di investire qualcuno, risponde per dolo eventuale

→ ELEMENTO DIFFERENZIALE:
└tratto ulteriore che possa integrare quel *minimum* di volontarietà, indispensabile per non snaturare completamente la natura dolosa di questa tipologia di imputazione soggettiva

– secondo una prima datata impostazione, la ***rappresentazione della mera possibilità*** (o probabilità) ***del verificarsi dell'evento*** era sufficiente a dar conto della natura dolosa dell'atteggiamento psicologico del reo
└visione rifiutata

– la c.d. **teoria del consenso** affermava che sarebbe stato sufficiente che, oltre a rappresentarsi l'evento come possibile, l'agente si ponesse in un **atteggiamento di interiore accettazione della sua verificazione**
- anche questa visione è stata rifiutata, sulla base dell'approccio del diritto penale del fatto: un mero atteggiamento interiore, e di difficilissima prova, non è sufficiente a fondare un'imputazione a titolo di dolo
  ⊂ i problemi probatori non potrebbero neanche essere risolti con la c.d. ***formula di Frank,*** secondo la quale vi è dolo eventuale quando l'agente avrebbe agito anche con la certezza di provocare l'evento
- anche questa teoria è stata rifiutata

→ per mantenere legittimamente questa delicata ipotesi nell'alveo della responsabilità dolosa, occorre **provare in concreto che l'agente HA ACCETTATO IL RISCHIO della verificazione dell'evento**
└la colpa con previsione consiste nell'astratta possibilità della realizzazione del fatto, accompagnata dalla sicura fiducia che in concreto questo non si verificherà

– **NB** parte della dottrina ritiene che sia più corretto (al fine di *non svuotare dell'elemento volitivo questa forma di dolo*) richiedere non solo l'accettazione del rischio, ma l'**accettazione della VERIFICAZIONE DELL'EVENTO**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- ELEMENTI che possono consentire di **giungere alla PROVA** di tale *accettazione*:
  - individuati di recente dalla giurisprudenza nell'imputare a titolo di dolo eventuale l'**omicidio conseguente ad incidenti stradali causati da guida in stato di ebrezza**
  1) soglia di rappresentazione dell'evento particolarmente elevata, in virtù del PERDURARE DELLA CONDOTTA PERICOLOSA (es guidare contromano in autostrada)
  2) ASSENZA DI QUALSIASI ELEMENTO che nel caso concreto potesse rendere VEROSIMILE LA SPERANZA che l'evento stesso non si sarebbe verificato
  3) ASSENZA DI SENSIBILITA' DELL'AGENTE per il bene della vita o dell'integrità fisica delle potenziali vittime

PROCESSO ALLA THYSSENKRUPP di Torino

- **Corte d'Assise di Torino** condannò per **omicidio doloso** (a titolo di dolo eventuale) un datore di lavoro per la morte di 7 operai a seguito dell'incendio di una linea produttiva
  - ARGOMENTAZIONI:
  a) se la **consapevolezza è molto elevata**
  b) se il **rischio perdura nel tempo**
  c) se la scelta operata è frutto di una decisione che *irresponsabilmente ma volontariamente* **sacrifica il bene da tutelare ad altri interessi**
  d) se la situazione concreta è tale da **non dare alcun appiglio per ritenere che l'evento non si verificherà**

  …allora si potrà ritenere PROVATA L'ACCETTAZIONE della verificazione dell'evento in concreto, evento che *non si era intenzionati a realizzare* e che anche si sperava che non si sarebbe verificato, MA che la volontà colpevole copre per intero
- in Corte d'Assise d'appello e le sezioni unite della Cassazione il verdetto venne RIBALTATO a favore di una condanna per colpa cosciente:
  - ARGOMENTAZIONI:
  1) il *dolo eventuale* ricorre quando l'agente si sia chiaramente rappresentato la **significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto** e CIONONOSTANTE, dopo aver considerato il **fine perseguito** e l'eventuale **prezzo da pagare**, si sia determinato ad agire comunque, anche a costo di causare l'evento lesivo (aderendo ad esso, nel caso in cui si verifichi)
  2) la *colpa cosciente* ricorre quando la **volontà dell'agente non è diretta verso l'evento** ed egli, PUR avendo concretamente presente la **connessione causale** tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si **astiene dall'agire doveroso** per **trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza** o altro biasimevole motivo

- le sezioni unite hanno anche indicato i **CANONI PROBATORI** alla stregua dei quali il giudice deve valutare se vi sia stato dolo eventuale:
  a) la **lontananza** della condotta tenuta da quella doverosa
  b) la **personalità e le pregresse esperienze** dell'agente
  c) la **durata** e la **ripetizione** dell'azione
  d) il **comportamento successivo** al fatto
  e) il **fine** della condotta e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali
  f) la **probabilità** di verificazione dell'evento
  g) le **conseguenze negative** anche per l'autore in caso di sua verificazione
  h) il contesto lecito o illecito in cui si è svolta l'azione

→ **NB** tra i vari CRITERI a cui il giudice si deve attenere c'è la c.d. **PRIMA FORMULA DI FRANK**:
dare la prova che il soggetto avrebbe agito ugualmente anche se avesse avuto la certezza della verificazione dell'evento
- soprattutto nell'esercizio di attività lecite quali l'esercizio dell'attività di impresa finisce per **prevalere su tutti gli altri indici**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– il *ruolo onnivoro* svolto dalla formula di Frank è confermato anche dalla giurisprudenza più recente con riferimento agli **eventi lesivi connessi alla circolazione stradale**
  si ritiene che la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente non possa essere legato al dato *quantitativo* della minore o maggiore sconsideratezza alla guida, dovendo invece basarsi su un accurato esame delle **specificità del caso** concreto, attraverso il quale pervenire al *dato differenziale di fondo*, cioè l'attribuibilità o meno al soggetto attivo di un **atteggiamento di volizione dell'evento lesivo o mortale**
    inteso in senso ampio, comprensivo dell'accettazione consapevole della concreta eventualità del verificarsi di quell'evento in conseguenza della condotta

♦ in applicazione della prima formula di Frank la cassazione ha escluso che potesse sanzionarsi a titolo di dolo eventuale la condotta di un soggetto che, avendo imboccato contromano e ad alta velocità una strada buia di notte, aveva investito un pedone (l'agente, alla stregua delle acquisizioni probatorie, si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita, se avesse avuto contezza della sicura verificazione dell'evento)

L'INTENSITA' DEL DOLO

è uno degli elementi del quale il giudice deve tenere conto per GRADUARE LA PENA tra il min e max edittale
è possibile una sorta di GRADUAZIONE DEL DOLO in termini di maggiore e minore intensità

art. 133 cp: **Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena**

"Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo."

– sotto il ***profilo rappresentativo*** costituiranno elementi di maggiore intensità un **elevato grado di certezza** della rappresentazione del fatto e la più **spiccata coscienza dell'offesa** all'interesse tutelato

– sotto il *profilo volitivo* oltre alla distinzione tra dolo intenzionale (forma più grave) e le due ipotesi di più lieve intensità, acquista rilevanza anche la distinzione tra:

a) **dolo d'impeto:**
   il soggetto agisce in un momento immediatamente successivo a quello nel quale ha preso la decisione
   ♦ l'omicidio di un automobilista all'esito di un banale litigio

b) **dolo di proposito:**
   in questo caso tra determinazione ed esecuzione trascorre un **certo lasso di tempo**, che dà conto di un maggiore consolidamento del proposito criminoso e quindi di una superiore intensità del dolo
   per alcuni reati il decorrere di un maggiore lasso di tempo costituisce una circostanza gravante speciale, (la ***premeditazione***) che però **NB** che NON coincide necessariamente con il *dolo di proposito:*
   il dolo di proposito si può avere anche quando il lasso di tempo intercorso è modesto e non richiede, a differenza della premeditazione *una fredda e perdurante determinazione a commettere il reato*

PROBLEMI DI ACCERTAMENTO DEL DOLO

NB come qualsiasi altro elemento del fatto tipico, anche il dolo deve essere provato con un grado di certezza che superi ***ogni ragionevole dubbio***

– la PROVA del dolo riveste *particolare delicatezza* trattandosi di un **processo psicologico interno** al soggetto

→ al di fuori di eventuali dichiarazioni confessorie del reo, la prova dell'elemento psicologico potrà essere data solo ricorrendo a MASSIME DI ESPERIENZE fondate sull'***id quod plerumque accidit*** ciò che accade di solito/più spesso

♦ avvocato che dopo la giornata di lavoro sbaglia macchina e prova a forzare la serratura scambiandola per sua

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- PROBLEMI che causa il ricorso alle massime di esperienza:
  1) bisogna chiarire che ogni massima di esperienza **può essere sempre smentita** da una diversa massima più aderente e adeguata al caso concreto
     - ♦ un ragazzo esce dalla discoteca e investe un altro ragazzo: in un primo momento si può pensare di essere in presenza di un fatto colposo (come la maggior parte degli incidenti stradali), ma se si scopre che il ragazzo investito è il nuovo fidanzato della ex allora bisognerebbe approfondire il profilo del dolo
  2) per evitare condanne per *responsabilità oggettiva occulta* nell'utilizzo delle massime di esperienza il giudice deve sempre **ricollegare la regola probatoria usata al caso concreto**

LA COLPA

└causazione di un fatto vietato dalla legge per violazione di regole cautelari

SVILUPPPO DELLA RESPONSABILITA' COLPOSA

- l'illecito colposo assumeva gravità decisamente **minore** rispetto a quello doloso
  - dal punto di vista oggettivo il danno è il medesimo, ma il rimprovero nei confronti *di chi ha voluto* uccidere e diverso da quello nei confronti di quello mosso all'automobilista distratto
  - per questo lo studio del delitto doloso ha avuto sempre un peso maggiore rispetto al colposo
- il paradigma dell'illecito colposo però è stato posto in discussione dall'introduzione (nel 2016) del nuovo art. 589-*bis* cp riguardo l'**omicidio stradale**, nel quale la pena per chi cagiona la morte di più persone in violazione di alcune regole del codice della strada, può giungere sino a un massimo di 18 anni di reclusione + art. 589-*ter:* nel caso in cui il colpevole si dia alla fuga dopo l'incidente, la pena può essere aumentata sino a 30 anni
  - la dottrina ha evidenziato come sia stato scardinato il rapporto di gravità ed offensività tra delitti dolosi e colposi
- dalla metà del secolo scorso si è assistito a un vertiginoso aumento dei delitti colposi, in prevalenza con riferimento alla tutela della vita, integrità fisica, salute dei cittadini
  - l'incremento trova la sua ragion d'essere nello sviluppo di attività pericolose, lecite, ma che costituiscono il terreno principale nel quale si annidano i rischi di commissione di fatti colposi

→ lo studio del delitto colposo ha acquisito maggiore dignità

- **NB** le fattispecie delittuose colpose (nella disciplina codicistica) sono **molto meno numerose** rispetto alle ipotesi dolose (per via dell'esplicita previsione normativa, in assenza della quale il fatto potrà essere sanzionato solo se commesso con dolo ex art. 42 cp) MA la maggior parte dei processi che si celebrano nelle aule di giustizia, con riferimento alla tutela alla vita, della salute o dell'integrità fisica, si giudica per fatti *colposi*

DEFINIZIONE DI COLPA

art. 43.3 cp: "*è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*"

└come in materia di dolo, anche in questo caso deve essere integrata da quelle norme che consentono di abbracciare tutti gli elementi del fatto tipico:

- norme in materia di errore di fatto (art. 59cp)
- norme in materia di cause di giustificazione (art. 55cp)

ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA COLPA

└ricavabili ex art. 43.3

1) elemento negativo della **MANCANZA DI VOLONTA'** del fatto
2) elemento oggettivo positivo dell'**INOSSERVANZA DI REGOLE CAUTELARI**
3) **INEVITABILITA' DELL'EVENTO**, cioè il nesso di derivazione tra colpa ed evento
4) elemento soggettivo della **ESIGIBILITA'** del rispetto delle regole cautelari nel caso concreto
   └ricavato in via interpretativa dalla dottrina (c.d. ***doppia misura della colpa***)

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

MANCANZA DI VOLONTA' DEL FATTO

- è l'elemento che consente di distinguere la colpa dal dolo
- può riguardare:
  a) l'**evento** del delitto
  b) può riguardare **qualsiasi altro elemento** del fatto tipico
     └dal momento che il soggetto che crede per errore (dovuto a colpa) di essere aggredito, risponderà delle lesioni provocate al presunto aggressore a titolo di colpa, anche se egli vuole l'evento in senso naturalistico, ma non si rappresenta l'antigiuridicità del suo agire
- **NB** non esclude PERO' che nel delitto colposo l'agente **possa prevedere l'evento**:
  └l'art. 43 afferma che il *delitto è colposo quando l'evento **anche se preveduto** non è voluto*

→ ci possono essere IPOTESI di colpa:

a) **COSCIENTE o con previsione**:
   il soggetto agente si rappresenta come possibile la verificazione del fatto tipico, MA **si deve trattare in una rappresentazione a contenuto negativo**
   └l'agente deve escludere che l'evento si verificherà, facendo leva sulle sue capacità o su altri elementi che militano in tal senso
b) **INCOSCIENTE**

VIOLAZIONE DI REGOLE CAUTELARI

- costituisce l'essenza della colpa
- l'art. 43 distingue tra 2 diverse ipotesi, a seconda che si tratti:
  a) di **imprudenza, imperizia, negligenza**
  b) di **violazione di leggi, ordini, regolamenti e discipline**

→ da ciò si distinguono 2 tipologie di colpa:

a) **GENERICA**:
   violazione di norme di prudenza, perizia e attenzione, *non scritte*, ma derivanti da fonti sociali, delle quali l'ordinamento pretende il rispetto da parte di tutti i cittadini
   ♦ genitore che non deve lasciare da solo nella vasca da bagno il figlio piccolo
   ♦ medico che deve scandagliare a fondo un certo sintomo *in ottemperanza della buona pratica medica*
b) **SPECIFICA**:
   violazione di regole cautelari individuate e cristallizzate
   ♦ circolazione stradale

CONTENUTI DELLE REGOLE DI CONDOTTA

└sia in relazione alla colpa generica che specifica

COLPA PER ASSUNZIONE:

si imputa al soggetto di essersi assunto **un compito che non era in grado di portare a termine**, senza esporre a rischio l'incolumità altrui

♦ se il medico specializzando non ritiene di essere in grado di svolgere un'attività secondo le istruzione del tutore, deve rifiutarsi di compierla altrimenti è ravvisabile colpa per assunzione

DOVERE DI INFORMAZIONE:

il rimprovero attiene al mancato dovere di informazione, che l'ordinamento pone a carico di chi svolge attività libero professionali

CULPA IN ELIGENDO o IN VIGILANDO:

└con riferimento alle attività caratterizzate da rapporti gerarchici, può imputarsi al soggetto apicale:

a) di non aver debitamente **individuato** coloro cui affidare un certo compito (*in eligendo*)
b) di non aver **controllato l'operato** di coloro che sono sottoposti alla sua vigilanza (*in vigilando*)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

COLPA GENERICA

consiste in un atteggiamento:

a) **negligente** (trascurato, corrivo, distratto)
b) **imprudente** (incauto, avventato)
c) **imperito** (di chi agisce senza capacità e preparazione adeguate, ed è quindi incapace di affrontare questioni che richiedono abilità tecniche o conoscenze specifiche)

– in questo caso la regola cautelare non scritta violata va **individuata in concreto dal giudice** in base alla prassi e di altre fonti sociali
– PARAMETRI alla stregua dei quali valutare se l'evento è stato causato da negligenza, imprudenza o imperizia:
  1) **prevedibilità**
  2) **evitabilità dell'evento**

  il rimprovero a titolo di colpa impone una risposta positiva ad un ***duplice quesito***:
  - nel caso concreto l'evento poteva essere previsto come conseguenza da evitare?
  - il rispetto delle regole cautelari violate sarebbe stato idoneo a prevenirlo?
– CRITERI proposti per ancora il giudizio di prevedibilità ed evitabilità a **valutazioni solide e certe:**

1) *è da escludere* come insufficiente e inadeguato il **richiamo alla prassi**, secondo il quale non sarebbe prevedibile ed evitabile tutto ciò che è causato da *condotte (pur negligenti) diffuse nella prassi*
2) *neanche è da considerare* la scelta di rifarsi al c.d. **uomo medio**: sarebbe prevedibile ciò che un soggetto medio, né troppo accorto né troppo corrivo, sarebbe in grado di rappresentarsi come possibile
   – una scelta così finirebbe per abbassare indebitamente e pericolosamente lo *standard del rispetto delle regole cautelari*, con un'evidente venir meno della stessa tenuta general preventiva del precetto penale
   – **NB** l'ordinamento deve pretendere il massimo rispetto possibile delle regole di cautela, soprattutto quando è in gioco la tutela della vita o dell'integrità fisica di altri soggetti
3) si ritiene che vadano valutate sul c.d. **AGENTE MODELLO**, cioè il soggetto che, svolgendo quel tipo di attività, utilizza tutte le cautele possibili, tutte quelle che l'ordinamento giuridico può legittimamente pretendere dai cittadini in quelle medesime circostanze
   – vi è una *pluralità di agenti modello*, ciascuno dei quali viene preso a parametro per la valutazione dello svolgimento di una specifica attività professionale o funzione
   – è importante specificare che il giudice deve tenere conto anche delle ***maggiori capacità o conoscenze*** del soggetto, quando si tratti di conoscenze che possono avere rilevanza causale nell'impedire l'evento

COLPA SPECIFICA

consiste nella violazione di regole cautelari scritte:

a) in una legge (es i limiti di velocità)
b) in un regolamento (es divieto di gettare oggetti dal treno in corsa)
c) un ordine (indicazione del datore di lavoro di non fare una certa cosa)
d) disciplina (norme che si sono dati i providers relative all'identificazione dei soggetti che accedono alle strutture di rete)

– **NB** il giudizio sulla prevedibilità dell'evento viene compiuta, una volta per tutte, dalla fonte che pone la regola cautelare
– TIPOLOGIE di REGOLE CAUTELARI:
  a) **RIGIDE**: con un contenuto molto dettagliato e specifico
     ♦ non esporre i lavoratori a limiti di rumore superiori a un certo tot
  b) **ELASTICHE**: impongono comportamenti descritti in termini generici
     ♦ in tema di sicurezza del lavoro *misure* che l'imprenditore deve adottare *secondo la particolare esperienza e tecnica, necessarie a tutelare l'integrità fisica etc*
– nel nostro ordinamento si registra un forte **incremento delle ipotesi di colpa specifica** per via della crescita delle attività pericolose, che induce il legislatore a positivizzare sempre più regole cautelari

  EFFETTI di tale maccanismo:
  1) offre sicuro vantaggi sotto il profilo del rispetto del ***principio di legalità***: il precetto penale colposo appare tassativo e determinato

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) può però anche portare ad **indebite ipotesi di *responsabilità oggettive occulte***: tutte le volte in cui, pur in presenza di un superamento dei limiti di rischio da parte del soggetto, il fatto si verifichi **per caso fortuito**
   └per scongiurare tale esito bisogna sempre dare rilievo alla centralità dell'*evitabilità dell'evento*, cioè domandarsi se il rispetto della regola cautelare avrebbe evitato il verificarsi dell'evento con certezza logica (la c.d. ***causalità della colpa)***

– **NB** ECCEZIONI al rapporto tra accertamento della violazione della regola cautelare scritta e responsabilità a titolo di colpa specifica:
  a) il giudice dovrà sempre accertare se il rispetto della regola cautelare **ha esaurito la misura della diligenza nel caso concreto**
     └il datore di lavoro pur tenendo presente il limite posto nella legge, dovrà sempre domandarsi in situazioni particolari quali ***ulteriori misure*** *sia necessario attivare per raggiungere* ***i limiti più bassi e sicuri di esposizione*** (es caso di una lavoratrice in stato di gravidanza)
  b) occorre sempre verificare se il rispetto della regola cautelare non avrebbe, sempre nel caso concreto, **aumentato il rischio di realizzazione del fatto**
  ♦ il rispetto del limite di velocità di 30km/h in un centro storico di una città potrebbe non consentire a un'ambulanza di raggiungere in tempo l'ospedale

GIUDIZI DI PREVEDIBILITA' DI COMPORTAMENTI COLPOSI ALTRUI

└ipotesi di **impedimento di un fatto delittuoso da parte di terzi**

a) nel caso di COLPA SPECIFICA, non si pongono problemi dal momento che si può muovere il rimprovero tutte le volte che la regola cautelare abbia ad oggetto il comportamento di un altro soggetto
b) nel caso di COLPA GENERICA la questione è più complessa:
   l'astratta previsione che un altro soggetto possa tenere un **comportamento non conforme** al dovere di diligenza NON E' SUFFICIENTE per imporre a ciascun consociato di prevenire i fatti colposi altrui

→ l'ordinamento riconosce il **PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO**:
aspettativa che, di norma, le regole cautelari siano rispettate

♦ inevitabile affidamento che ciascun automobilista pone nel fatto che altri automobilisti rispettino le regole della strada, perché se così non fosse la circolazione stradale sarebbe del tutto paralizzata

– **LIMITI** del principio di affidamento:
  non può essere invocato:
  1) da chi abbia una POSIZIONE DI GARANZIA sul terzo, del quale si possa prevedere in astratto il comportamento non diligente
  2) quando vi siano ELEMENTI CONCRETI che inducano il soggetto a ritenere che il terzo non rispetterà le regole cautelari
  ♦ in particolare in materia di circolazione stradale, la giurisprudenza ha affermato che il principio di affidamento trova un temperamento nell'opposto principio secondo il quale *l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui*, purchè questo rientri *nel limite della prevedibilità*
     └estensione al **massimo dell'obbligo di attenzione e prudenza**, sino a ricomprendervi il dovere dell'agente di aspettarsi le altrui condotte irregolari

ATTIVITA' MEDICA D'EQUIPE

└settore nel qual il principio di affidamento (soprattutto il secondo il limite) pone maggiori problemi in tema di colpa professionale

– si è sviluppato un orientamento abbastanza **severo** della giurisprudenza (in virtù della rilevanza dei beni in gioco) che tende a conferire uno **spazio piuttosto** ridotto al principio stesso:
  └in ambito sanitario vige il principio per cui ciascun sanitario è tenuto a vigilare sulla correttezza dell'attività altrui

→ il medico che succede ad un collega nel turno, *assume nei confronti dei pazienti ricoverati la* ***medesima posizione di garanzia*** *di cui quest'ultimo era titolare, circostanza che lo obbliga a* ***informarsi*** *circa le condizioni di salute dei pazienti e le cure che necessitano*

→ in caso di intervento chirurgico d'equipe, *la responsabilità del chirurgo non opera in relazione alle fasi di intervento in cui i ruoli e i compiti son separati*
└no obbligo generalizzato di costante raccomandazione né di invasione degli spazi di competenza altrui

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

COLPA NELLE ATTIVITA' PERICOLOSE

└in questi casi è sempre prevedibile, da parte dell'agente, che possa verificarsi l'evento dannoso

– in virtù dell'***utilità sociale*** di tali attività il CRITERIO DELLA PREVISIONE dell'evento deve essere rapportato non alla condotta dell'agente in sé considerata, ma all'eventuale superamento del c.d. **RISCHIO CONSENTITO**, cioè di quella soglia di rischio inesorabilmente connesso all'attività stessa

♦ in caso di complessa attività chirurgica a cuore aperto, il giudice dovrà accertare non tanto se il sanitario si fosse rappresentato che il paziente potesse morire, ma se egli ha rispettato tutte le regole della buona pratica medica (c.d. ***leges artis***) che consentono di contenere il rischio stesso nei margini consentiti
  └permettono il bilanciamento di interessi tra il risultato atteso dall'attività e il pericolo corso

– **NB** qualora il rischio connesso a determinate produzioni non possa essere mantenuto entro certi limiti accettabili, si **impone al soggetto l'astensione** da quell'attività
  └quando non sia individuabile una soglia di dannosità e il rischio sia troppo rilevante

EVITABILITA' DELL'EVENTO

NB nel delitto colposo il fatto deve verificarsi a causa della violazione della regola cautelare
└bisogna sempre accertare la c.d. ***causalità della colpa***: stretto collegamento tra violazione del dovere di diligenza ed evento

– nelle ipotesi di colpa SPECIFICA *la violazione della regola cautelare è* ***di per sé sufficiente*** *a determinare la responsabilità colposa per* ***qualsiasi tipo di evento*** *si verifichi anche* ***indipendentemente dalla finalità*** *della regola stessa?*

♦ lavoratore senza casco che venisse punto da un insetto, quando il fine della regola è quello di proteggere da oggetti che cadono dall'alto
  └NO automatica attribuzione di responsabilità colposa

→ la giurisprudenza ha affermato che per ritenere provata la colpa bisogna accertare che l'EVENTO verificatosi costituisca la **CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO che la norma cautelare vuole evitare**
  └a ragionare diversamente si correrebbe il rischio di trasformare la responsabilità colposa per violazione di legge in "**responsabilità oggettiva**" (facendo venire meno quell'indispensabile nesso tra rimproverabilità ed evento concretamente verificatosi)

→ il FATTO rispetto al quale verificare la causalità della colpa deve essere inteso **IN CONCRETO**
  └no considerazione delle *lesioni (*legate all'astratta violazione normativa), ma bisogna considerare la **concreta lesione** subita

→ è richiesta la verifica *in concreto*:
  1) della sussistenza della **violazione di una regola** cautelare (generica o specifica)
  2) prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire
     └la **concretizzazione del rischio**
  3) la sussistenza del **nesso causale** tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso

– **NB** ulteriore elemento di complessità nelle vicende nelle quali l'evento in concreto sia una conseguenza dell'**ESPOSIZIONE AD UN FATTORE DI RISCHIO** del quale, al momento della condotta, si conosceva la pericolosità solo con riferimento a **malattie diverse da quelle verificatesi**
  └in questi casi la giurisprudenza ha ritenuto *sufficiente* che al momento della condotta, fosse nota la **potenzialità letale** della sostanza pericolosa, per ritenere che la malattia, all'epoca ancora non conosciuta, sia derivata causalmente dalla violazione della regola cautelare, che imponeva di proteggere i lavoratori da tale rischio

ESIGIBILITA' DEL COMPORTAMENTO RISPETTO ALLE REGOLE DI DILIGENZA

├elemento strutturale che attiene alla dimensione soggettiva della colpa e consiste nella possibilità in concreto che l'agente rispetti le regole cautelari che avrebbero evitato il realizzarsi dell'evento
└**NB** ci possono essere casi in cui, anche se è accertata la violazione a livello oggettivo di una regola cautelare, secondo il riferimento all'agente modello, nel caso concreto, il caso non sia rimproverabile

→ vengono in rilievo ***DEFICIT*** di natura **fisica o psichica, o di socializzazione**

♦ donna di campagna, mai venuta in città, che non impedisca alla nipotina di farsi male sulle scale mobili

– in giurisprudenza i riferimenti alla valutazione della misura soggettiva della colpa si rinvengono in vicende nelle quali l'esigibilità del comportamento lecito non viene esclusa, ma affermata

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL GRADO DELLA COLPA

- ex art. 133.1 tra gli **indici di gravità del fatto,** rilevanti per il giudice per poi andare a scegliere la pena in concreto tra i minimi e massimi edittali, oltre all'intensità del dolo è indicato il grado della colpa
  a) colpa **LIEVE**
  b) colpa **GRAVE**
- VALUTAZIONE DEL GIUDICE:
  1) di carattere **OGGETTIVO:**
     considerazione del divario TRA la **condotta** che sarebbe stata imposta dalla regola cautelare
     il **concreto comportamento** tenuto dall'agente
     ha come punto di riferimento l'*agente modello*
  2) di carattere **SOGGETTIVO**:
     riferimento alle **cause personali** che possono aver influito sul deficit di diligenza
     considerazione del c.d. ***quantum* di esigibilità** dell'osservanza della condotta doverosa omessa
  3) considerazione della maggiore o minore **EVITABILITA'** dell'evento
- **NB** NON deve essere confusa con il grado della colpa la CIRCOSTANZA AGGRAVANTE COMUNE, in virtù della quale la pena è aumentata nel delitto colposo, quando il soggetto abbia agito con la previsione dell'evento (c.d. colpa cosciente)
- con riferimento all'ATTIVITA' DEL MEDICO il grado della colpa ha assunto rilevanza non solo sotto il profilo della misura della pena, ma anche come **elemento della tipicità**
  - per ridurre il contenzioso penale in materia di attività medico-chirurgica, un primo DL del 2012 (***decreto Balduzzi***), aveva previsto che l'esercente la professione sanitaria, che nello svolgimento della propria attività si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, **NON rispondesse penalmente per colpa lieve**
  - la c.d. l. ***Gelli-Bianco*** del 2017 ha nuovamente innovato la disciplina introducendo l'art. 590-*sexies* in virtù del quale NON SONO PUNIBILI i delitti di omicidio e lesioni personali colpose commessi dal medico, SE sono **rispettate le raccomandazioni delle linee guida**, definite e pubblicate, o le ***buone pratiche*** clinico-assistenziali, *ma* SOLO NELL'IPOTESI DI IMPERIZIA

art. 580-*sexies* **Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario**

"Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto"

→ la nuova norma *non distingue più tra colpa lieve e grave*, ma le sez. unite della cassazione intervenute l'anno successivo all'entrata in vigore della riforma, hanno *reintrodotto la distinzione*, prevedendo che in caso di *colpa grave*, anche in presenza di tutti gli altri requisiti richiesti dalla norma, **non si applichi la causa di non punibilità**
risulterebbe viziato da illegittimità costituzionale ex art.3 cost un modello nel quale si risponde anche solo per colpa lieve in caso di imprudenza e negligenza, ma non per colpa grave dovuta a imperizia

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

COLPA E CASO FORTUITO

└accadimento eccezionale e assolutamente imprevedibile, che viene ad interferire con la condotta

art. 45 cp: "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*"

♦ colpo di sonno o malore improvviso che colpisce un'automobilista costretto a fermarsi, ostacolando un altro automobilista che sbanda ed esce di strada

– dibattito dottrina sulla COLLOCAZIONE DOGMATICA del caso fortuito:

a) causa di **esclusione del NESSO DI CAUSALITA'**
   └in quanto di per sé sola sufficiente a produrre l'evento ed ex art. 41.2 cp: "*Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita*"
└tesi c.d. **oggettiva**

b) causa di **esclusione della COLPEVOLEZZA**
   in quanto l'evento che si verifica non sarebbe prevedibile ed evitabile, neppure alla stregua dell'agente modello
└tesi c.d. **soggettiva** è PREFERIBILE perché:
   1) l'art. 45 usando la formula *chi ha commesso il fatto* sembra descrivere una situazione nella quale vi è rapporto causale tra condotta ed evento
   2) l'eventuale rilevanza dei fattori eccezionali sulla causalità è già espresso, secondo la teoria della causalità umana

→ il caso fortuito rileva sotto il profilo della colpevolezza, e NON DELLA TIPICITA'
   └la cassazione lo reputa una ***causa soggettiva di esclusione della punibilità***

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

DISCIPLINA DELL'ERRORE

LE DIVERSE TIPOLOGIE DI ERRORE PENALMENTE RILEVANTI

1) ERRORE **SUL FATTO**:
   su uno degli **elementi costitutivi** la fattispecie delittuosa
   └si distingue a sua volta in:
   a) errore **di fatto**: erronea percezione della realtà
   b) errore **di diritto:** interpretazione non corretta della disciplina dettata dalla legge
2) ERRORE **SUL DIRITTO:**
   verte sulla **fattispecie penale**
   ♦ uno straniero di cultura islamica che crede che sia non solo legittimo, ma anche doveroso percuotere o chiudere in casa la figlia che non indossa il burka, mentre nel nostro ordinamento tali fatti sono puniti a titolo di lesioni dolose e sequestro di persona
3) ERRORE **SU UNA NORMA EXTRAPENALE**:
   └ad esempio in materia civilistica

– all'errore è equiparata *l'**IGNORANZA*** che, consistendo nella *mancanza assoluta di conoscenza*, può portare alla medesima erronea percezione della realtà materiale o della disciplina giuridica (penale o extrapenale)
– **NB** l'eventuale ***DUBBIO*** rispetto agli elementi di fatto o di diritto:
   a) in linea di massima è considerato ININFLUENTE, ai fini di escludere il dolo, dalla giurisprudenza dal momento che l'errore che determina una situazione che non corrisponde alla realtà, il dubbio determina uno stato di incertezza, una possibilità di differente valutazione, che impedisce il formarsi dell'erronea certezza richiesta dalla norma
   b) in certi casi è stato ritenuto però anche solo questo sufficiente ad escludere l'elemento psicologico del reato
      ♦ caso di detenzione di un fucile di guerra che ha fatto escludere alla corte la sussistenza del dolo in ragione del dubbio dell'imputato sulla natura dell'arma e sul suo affidamento nei confronti dell'armiere

ERRORE DI FATTO SUL FATTO

└caso di erronea percezione della realtà su uno degli elementi costitutivi del fatto

art. 47.1 cp **Errore sul fatto:**

"L'errore sul fatto che costituisce il reato esclude la punibilità dell'agente. Nondimeno, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo."

→ l'errore consiste in una **FALSA RAPPRESENTAZIONE della realtà**, che incide sul processo di formazione della volontà, e pertanto **esclude il dolo**

– ACCERTAMENTI DEL GIUDICE in presenza di un errore sul fatto:
   - esclusione della punibilità a titolo di dolo
   - duplice valutazione:
   a) verifica che l'errore stesso non sia dovuto a colpa
      └se cioè usando la diligenza che l'ordinamento pretende da coloro che svolgono quel tipo di attività, l'agente avrebbe potuto e dovuto prevedere quella circostanza
   b) qualora la risposta al primo quesito sia positiva, bisogna verificare che il delitto sia punito anche a titolo di colpa

♦ caso di un cacciatore che sente un rumore dietro un cespuglio, e spara pensando che sia un animale, mentre è un bambino (in questo caso omicidio colposo)
♦ chi si appropri di una cosa simile alla sua, ritenendola propria, non sarà punito neppure se il giudice dovesse ritenere che la falsa rappresentazione della realtà sia dovuta a colpa (dal momento che il furto è punibile solo a titolo di dolo)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

ERRORE SUL FATTO DOVUTO AD ERRORE SU LEGGE EXTRA PENALE

└errore frutto di una non corretta interpretazione (o conoscenza) di una norma extra penale

art. 47.3 cp: "*L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato*"

– ACCEZIONE di legge extra penale:
  a) legge **civile**
  b) legge **amministrativa**
  c) **legge in generale diversa dalla fattispecie incriminatrice**
     └es errore sulla natura delittuosa di un fatto del quale un pubblico ufficiale venga a conoscenza nell'esercizio delle sue funzioni, esclude la punibilità del delitto di omessa denuncia

→ può riguardare gli elementi:
  - **normativi della fattispecie** incriminatrice (es. *altruità* della cosa del furto)
  - di **natura normativa etico-sociale**

– **NB** DISTINZIONE tra *l'errore su legge extra penale* e *l'ignoranza della legge penale* (che ex art. 5 cp non scusa, se non quando rivesta l'eccezionale carattere di inevitabilità):
  ├la questione viene risolta in termini molto netti dalla cassazione affermando che: qualsiasi norma giuridica non penale, che sia **richiamata anche solo indirettamente** dalla fattispecie incriminatrice, viene da questa **incorporata** e quindi l'eventuale errore su essa NON SCUSA MAI, risolvendosi in un errore sulla legge penale
  └inoltre la cassazione ha anche affermato in tema di **peculato**, l'errore del pubblico ufficiale circa la propria facoltà di disposizione di un bene pubblico per fini diversi da quelli istituzionali non configura un errore di fatto su legge diversa da quella penale (atto ad escludere il dolo) ma costituisce errore o ignoranza della legge penale il cui contenuto è integrato dalla *norma amministrativa* che disciplina la destinazione del bene pubblico

→ tale LETTURA DELL'ART. 47.3, ispirata a ragioni di prevenzione generale, finisce per **abrogare** la norma:
  ├*qualunque* errore sulla legge extra penale, infatti, diviene **irrilevante** ai fini della non punibilità, perché letto sempre come errore su legge penale, **in virtù dell'incorporazione** anche solo implicita nel precetto
  ├unico margine di rilevanza finisce per essere legato all'inevitabilità dell'interpretazione normativa non corretta (caso di errore scusabile)
  └a fronte di tale ***interpretatio abrogans*** la dottrina ha percorso varie strade con il fine di *ridare effettività* all'art. 47.3 cp

– parte della dottrina reputa che la falsa rappresentazione dell'**elemento esterno al precetto penale** costituisca **errore su legge diversa** da quella penale, e quindi debba portare alla NON punibilità dell'agente

– altri autori invece LIMITANO tale l'effetto ai soli casi nei quali il precetto penale sia già **sufficientemente individuato** dalla fattispecie incriminatrice
  └quando invece il comando o il divieto penale siano significativamente descritti dalla norma extra penale richiamata dalla **fattispecie penale in bianco**, allora vi sarebbe un (irrilevante) **errore sul precetto** (ma appunto ciò non viene condiviso dalla giurisprudenza di legittimità)

ERRORE SUGLI ELEMENTI DIFFERENZIALI (o specializzanti) TRA FATTISPECIE INCRIMINATRICI

art. 47.2 cp: "*L'errore sul fatto che costituisce un determinato reato non esclude la punibilità per un reato diverso*"

→ l'errore sul fatto che, ex art. 47.1 esclude la punibilità dell'agente, **non esclude la punibilità per un reato diverso**

– errore su **ELEMENTO AGGRAVANTE o elevante:**
  caso in cui l'agente ignora per errore l'esistenza di un elemento della fattispecie concreta che rende diversa e più grave l'ipotesi delittuosa
  └deve applicarsi l'ipotesi meno grave
  ♦ tizio ha appena commesso un furto, scappa e viene fermato da un poliziotto in borghese che colpisce per fuggire (risponde solo per reato per lesioni o percosse, non anche per resistenza a pubblico ufficiale)

– errore relativo all'**ignoranza di un ELEMENTO CHE RENDE MENO GRAVE** la fattispecie:
  └viene seguita la disciplina del c.d. ***reato putativo*** e quindi risponderà solo per i reati *realmente commessi*
  ♦ se il ladro viene fermato dopo il furto da un privato che egli crede per errore essere un poliziotto in borghese, se lo aggredisce risponderà solo per lesioni e percosse

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– errore su un **ELEMENTO CHE DEGRADA LA PUNIBILITA':**
  ♦ tizio crede per errore che ci sia il consenso della vittima alla propria uccisione (omicidio comune o del consenziente?)
  per parte della dottrina si tratta di un errore sulla legge penale e quindi ex art. 5 cp è irrilevante (sempre che non sia inevitabile): tizio sarebbe quindi punibile per omicidio comune
  secondo un altro orientamento è preferibile la tesi opposta secondo la quale dovrebbe valere in via di **interpretazione analogica *in bonam partem***, la regola dettata dall'art. 59.4 cp in materia di erronea supposizione di una causa di esclusione della pena

ERRORE DETERMINATO DALL'ALTRUI INGANNO

art. 48 cp: "*Le disposizioni dell'articolo precedente si applicano anche se l'errore sul fatto che costituisce il reato è determinato dall'altrui inganno; ma, in tal caso, del fatto commesso dalla persona ingannata risponde chi l'ha determinata a commetterlo*"

→ all'**autore materiale del falso** si applica l'art. 47 cp (egli NON può essere punito), ma verrà punito l'autore dell'inganno

– ACCEZIONE di **INGANNO**:
qualsiasi condotta che abbia **concretamente tratto in errore** l'autore materiale del reato: menzogna, produzione di un documento falso, qualsiasi altro artificio…
– **NB** il RINVIO ALL'ART. 47 cp comporta che qualora il soggetto ingannato abbia tenuto la condotta criminosa per essere stato tratto in inganno, MA gli si possa rimproverare di non aver utilizzato tutta la diligenza che l'ordinamento impone ai soggetti che svolgono quel tipo di attività, egli **risponderà del fatto a titolo di colpa** (sempre che tale imputazione soggettiva sia prevista dall'ordinamento)
– la disciplina di questa forma di errore è particolarmente RILEVANTE, con riferimento ai **delitti contro la fede pubblica**, in tutti quei casi in cui il pubblico ufficiale rediga un atto falso a causa della condotta ingannatoria del privato

REATO PUTATIVO

└situazione che descrive un errore del soggetto, che attiene alla presunta, putativa commissione di un reato

art. 49.1 cp: "*Non è punibile chi commette un fatto non costituente reato, nella supposizione erronea che esso costituisca reato*"

viene ritenuta una norma ***inutile*** dal momento che la non punibilità del reato putativo discende già dal ***principio di legalità***

– l'errore può essere SUL FATTO:
  a) di fatto:
    ♦ Tizio crede di sottrarre una cosa altrui che in realtà già gli appartiene
  b) di diritto:
    ♦ tizio crede di non aver ancora acquisito il possesso di un bene preso in locazione e pensa, erroneamente, occupandolo, che integrerà gli estremi del delitto di usurpazione di edifici
– l'errore può essere SUL DIRITTO (sulla legge penale):
  ♦ tizio, proferendo parole oltraggiose contro la divinità, pensa di star compiendo un delitto di bestemmia, che invece è stato depenalizzato nel '99
  ♦ tizio sottrae del denaro dalla borsa della moglie dalla quale ancora non è legalmente separato, pensando di star commettendo un furto
  ♦ chi, pur agendo in presenza di una causa di giustificazione, pensi erroneamente di essere punibile
    └ciò viene affermato chiaramente all'art. 59.1 che prevede che le scriminanti siano sempre valutate a favore dell'agente, anche se ignorate o per errore ritenute inesistenti
– **NB** la disciplina si ispira al **principio OGGETTIVO** alla base del nostro ordinamento penale, in virtù del quale *non è possibile punire un soggetto che, **pur manifestando una certa propensione al delitto**, non viola nessuna fattispecie penale*
– l'art. 49.3 prevede PERO' che se l'agente ha integrato **gli estremi di un reato diverso** da quello putativo, egli ne risponda

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IGNORANZA O ERRORE SULLA LEGGE PENALE

└caso di un soggetto che ignora l'esistenza della legge penale o cade in errore sulla sua corretta interpretazione

art. 5 cp **Ignoranza della legge penale**:

"*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*"

- LETTURA ORIGINARIA:
  l'art. 5 cp contiene una **assoluta PRESUNZIONE di conoscenza** (o meglio di conoscibilità) della legge penale, in virtù della quale nessuno poteva invocare a propria scusa l'ignoranza o l'errore sulla legge penale
  └RAGIONI:
  1) prevalenza delle esigenze di **prevenzione generale**
  2) si riteneva che ci fosse una *sorta di obbligo* di conoscere la legge penale, in virtù della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, per tutti coloro che si trovano nel territorio dello stato
     (ottica statalista, repressiva e autoritaria che ha improntato il codice del '30)
- LETTURA COSTITUZIONALIZZATA:
  con il progressivo affermarsi del **principio di colpevolezza**, si è cercato di giungere a un maggior **contemperamento** tra il principio *ignorantia legis non excusat* e la necessità di non punire soggetti nei confronti dei quali non è possibile muovere alcun rimprovero, per l'impossibilità di conoscere la legge penale

→ dagli anni '60 si è sviluppato un **orientamento giurisprudenzia**le, la BUONA FEDE NELLE CONTRAVVENZIONI finalizzato a dare in qualche modo rilievo all'impossibilità di conoscere il precetto penale: considerazione dell'atteggiamento psicologico del soggetto agente, che ha violato la norma penale, MA con la ***verosimile e non rimproverabile consapevolezza di agire in maniera lecita***
└**NB** tale orientamento oltre all'ignoranza della legge penale richiede un **elemento positivo** ulteriore, che abbia indotto il soggetto in errore incolpevole

→ la sent. 364/88 ha affermato:
1) esplicitamente la rilevanza penale del principio di colpevolezza, muovendo dall'art. 27.1 cost, intendo il predicato "*personale* non solo come *per fatto proprio,* ma anche *colpevole*
2) che è sufficiente per fondare un giudizio di rimproverabilità dell'agente, che egli avesse la **possibilità di conoscere** la legge penale
   - non intende punire solo quando è provata la concreta conoscenza del precetto da parte dell'agente (*probatio diabolica)*
   - se invece l'ignoranza *era evitabile*, l'agente avrebbe potuto conoscere la norma, allora tale ignoranza è colpevole e il soggetto è rimproverabile

CRITERI DI VALUTAZIONE DELL'INEVITABILITA' o meno DELL'IGNORANZA

└rappresentano uno dei problemi aperti dalla sent. dell'88 e sono individuati dalla corte *esemplificativa*, e non tassativa

- c.d. criteri **OGGETTIVI PURI:**
  rendono impossibile la conoscenza della norma penale per tutti i consociati
  ♦ l'assoluta oscurità del testo legislativo, atteggiamento gravemente caotico da parte degli organi giudiziari…
- criteri **MISTI**:
  assicurazioni erronee di persone istituzionalmente destinate a giudicare sui fatti da realizzare; precedenti, varie assoluzioni dell'agente per lo stesso fatto
- criteri **SOGGETTIVI PURI**:
  prendono in considerazione solo ed esclusivamente le caratteristiche dell'agente
- **NB** bisogna precisare che l'ignoranza o l'errore inevitabile sulla legge penale NON possono mai consistere in **DUBBI** sulla liceità dei propri comportamenti: in quanto caratterizzato da incertezza, il dubbio impone al soggetto di andare a verificare l'eventuale rilevanza penale della propria condotta
  └ *in caso di dubbio si determina un obbligo di astensione dal porre in essere una condotta che non si sa se sia lecita o no*

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IPOTESI DI RESPONSABILITA' ANOMALA

LA RESPONSABILITA' OGGETTIVA NEL CODICE ROCCO

art. 43.3 cp : "*La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione*"
└ oltre al dolo e alla colpa, è prevista un'ulteriore forma di responsabilità: c.d. *responsabilità oggettiva*

- ACCEZIONE di responsabilità oggettiva:
  responsabilità in assenza di dolo o colpa, fondata sul semplice nesso causale tra condotta ed evento
- ESEMPI di responsabilità oggettiva nel codice:
  a) responsabilità del direttore nell'ambito della stampa periodica
  b) evento preterintenzionale
  c) delitti aggravati dall'evento
  d) responsabilità del concorrente per evento diverso da quello voluto
  e) condizioni obiettive di punibilità

→ **NB** punto in comune di questi vari casi (eccetto la lettera a) è la presenza di una **volontà criminosa di partenza** con uno sviluppo successivo **causalmente collegato al reato voluto**

- trova applicazione il principio ***qui in re illecita versatur, etiam tenetur pro casu***
- DIBATTITTO DOTTRINALE:
  con l'introduzione della costituzione si osservano i problemi di legittimità creati dalla responsabilità oggettiva ex art. 27.1 cost (*la responsabilità penale è personale*)
  └ SIGNIFICATI:
  1) non è ammessa nessuna forma di responsabilità per fatto altrui
     └ bisogna sempre rispondere *per fatto proprio*
  2) implica che l'intervento della sanzione penale sia giustificato solo se nei confronti del fatto vi è colpevolezza
     └ rimproverabilità sulla base di un coefficiente psicologico

→ la dottrina è sempre rimasta titubante sull'accettazione della responsabilità oggettiva, MA la *svolta* è avvenuta con la sent. 364/88 nella quale è stato affermato che la responsabilità oggettiva sia ***incostituzionale quando investe "elementi più significativi" della fattispecie***
└ tale orientamento ha portato a fare un'attenta revisione delle ipotesi di vera o presunta responsabilità oggettiva, al fine di verificarne la compatibilità con la costituzione (in particolare con l'art. 27.1,3)

LA PRETERINTENZIONE

└ modello di imputazione che si colloca per gravità tra il dolo e la colpa, e che copre i casi in cui da una condotta dolosa deriva un evento più grave di quello voluto

art. 43.2 cp: "*è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente*"

- i **DELITTI PRETERINTENZIONALI**:
  a) ESPRESSAMENTE qualificati come tali:
     1) **omicidio preterintenzionale** ex art. 584 cp
     2) **aborto preterintenzionale** ex art. 18 l. 194/78
  b) secondo parte della DOTTRINA tale categoria avrebbe una portata più ampia, facendovi rientrare le figure criminose in cui da un reato base può conseguire un evento più grave (che deve essere) *non voluto*
     └ in questo caso però si parla di *delitti* ***aggravati dall'evento***

→ l'*omicidio preterintenzionale* è una FIGURA AUTONOMA
└ **NB** non costituisce una *circostanza aggravante* del delitto di lesioni dolose o di percosse!

- NODO INTERPRETATIVO che pone il delitto preterintenzionale è costituito dal **titolo effettivo** di IMPUTAZIONE dell'**evento** "***più grave di quello voluto***"
  └ non solo NON deve essere *voluto* (quindi oggetto di dolo intenzionale o diretto), ma NEMMENO **previsto** e **accettato come probabile** conseguenza del fatto doloso

♦ in caso di dolo eventuale dell'evento morte non si applica l'art. 584, ma il 575 cp

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– INQUADRAMENTO NORMATIVO:

a) i codificatori del '30 facevano rientrare la preterintenzione nell'ambito delle ipotesi di **RESPONSABILITA' OGGETTIVA**:
   - schema: poiché versa in una situazione di illiceità penale (avendo voluto percosse e lesioni a danno della vittima) il soggetto agente **risponde** per il **semplice fatto di aver cagionato la morte** della persona aggredita
   - è **sufficiente** riscontrare un RAPPORTO DI CAUSALITA' MATERIALE tra gli atti dolosi e l'evento più grave
   - **NB** unico LIMITE alla responsabilità è rappresentato dall'intervento di **fattori** del tutto eccezionali, anomali, oggettivamente imprevedibili, **interrruttivi** del rapporto di causalità, ex art. 41.2 cp

b) la dottrina sollecita invece ad adottare una chiave di lettura orientata ad un'**IMPUTAZIONE SOGGETTIVA** dell'evento *oltre l'intenzione* e ciò è stato affermato con fermezza nella sent. 364/88, nella quale la corte ha espresso il suo **parere CONTRARIO alle forme di imputazione oggettiva** di elementi fondamentali di fattispecie

→ posizione della Cassazione (che non ha molto colto le critiche):
   - UNICO EFFETTO è l'affacciarsi di **VARIANTI INTERPRETATIVE** volte a *mascherare* l'imputazione oggettiva:
     - prima ci si basava su una (discutibile) tesi dottrinale volta a ravvisare una "**colpa per inosservanza di leggi**", in cui la violazione di legge si identificherebbe nell'integrare i reati previsti agli artt. 581, 582 cp (lesioni personali e percosse)
       - tale posizione denuncia una **concezione errata di colpa** per inosservanza di leggi, dal momento che non è sostenibile che il codice abbia previsto le 2 norme quali *norme cautelari* volte a prevenire l'evento morte
     - successivamente si afferma una "**prevedibilità *in re ipsa*" dell'evento più grave** (ma forzatura in caso di lesioni lievi in contesti non pericolosi)
       - per la sussistenza della preterintenzione sufficiente che esista un rapporto di causa tra l'azione volontaria di percosse e lesioni e la morte
       - l'**automatismo** insito in questo schema concettuale chiarisce che si vuole proseguire con l'*imputazione oggettiva* dell'evento più grave, MA evitando di usare un modello di imputazione stigmatizzato come INCOSTITUZIONALE in quanto prescinde da un **concreto accertamento della colpa**
     - **NB** con la sent. 488/2009 delle sez. unite la cassazione è intervenuta per ricondurre nell'alveo di un'imputazione soggettiva la figura (strutturalmente simile alla preterintenzione) della *morte conseguente ad altro delitto doloso*, ex art. 586 cp, MA la giurisprudenza non ha ancora assecondato tale impostazione

→ per EVITARE che ipotesi criminose come quella descritta all'art. 584 cp vadano incontro a **declaratorie di incostituzionalità**, bisogna procedere con una RILETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA:
*la preterintenzione consiste in un'imputazione dell'evento "non voluto" per colpa (*nel senso di colpa generica rimproverabile al soggetto che ha posto in essere il reato doloso, da cui l'evento preterintenzionale è scaturito), *nel senso che bisogna **valutare** se dalle percosse o lesioni, poste in essere **nel contesto** in cui il soggetto ha agito, l'evento morte appariva una **conseguenza prevedibile ed evitabile**, frutto di una **condotta aggressiva imprudente o non adeguatamente controllata** dal soggetto agente*

→ **NB** IN CONCLUSIONE la preterintenzione si profila come uno **SCHEMA DI IMPUTAZIONE MISTO**:
dolo per il reato meno grave, colpa generica da accertare caso per caso nei confronti dell'evento più grave
   - ♦ un pugno sferrato ad un soggetto in equilibrio precario su una scala o vicino a una finestra aperta, può considerarsi condotta accompagnata da *colpa* nei confronti dell'evento morte; mentre la morte per infarto di un giovane a seguito del coinvolgimento emotivo in una lite, può considerarsi conseguenza imprevedibile (non colposa) con conseguente inapplicabilità del 584 cp

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

REATO ABERRANTE (3 forme)

ABERRATIO DELICTI

└ipotesi di errore che si profila **durante l'esecuzione di un reato** (c.d. ***errore inabilità***), che comporta la realizzazione di un evento **diverso** da quello voluto (*aberratio:* diversione)

art. 83 cp **Evento diverso da quello voluto dall'agente**

"Fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, se, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

Se il colpevole ha cagionato altresì l'evento voluto, si applicano le regole sul concorso dei reati"

- **NB** la CAUSA dell'errore **non** va ricercata in un **difetto di percezione della realtà**
  - ♦ tizio che vuole rompere una vetrina, ma lanciando l'oggetto colpisce una persona causandole lesioni, per via di un errore di mira o per l'improvvisa interposizione del passante
- il REATO DIVERSO:
  1) può **sostituirsi** a quello voluto oppure **aggiungersi** ad esso
  2) **non** deve essere investito dal **dolo eventuale**
     └in caso diverso saremmo di fronte ad un normale concorso formale di due reati dolosi
  3) se non è investito dal dolo, il soggetto risponde a titolo di **COLPA** (sempre che il fatto sia previsto dalla legge come delitto colposo)
- nell'ottica del legislatore del **1930** l'*aberratio delicti* rappresenta un classico esempio di **responsabilità** sostanzialmente **OGGETTIVA**, ispirata al brocardo ***qui in re illecita versatur etiam tenetur pro casu***
  - si attribuisce **automaticamente** una responsabilità per un fatto non voluto in quanto chi agisce era comunque animato da una volontà criminosa
  - la formula *a titolo di* ***colpa*** NON segnalava un effettivo coefficiente psicologico, ma era indicativo soltanto delle **sanzionatorie**: si punisce il reato con le pene di un delitto colposo *anche se in concreto non è ravvisabile una colpa* (purchè sia rinvenibile la previsione astratta del reato colposo)
- le CRITICHE e OBIEZIONI all'inquadramento dell'aberratio delicti nell'ambito della responsabilità oggettiva si basano soprattutto sul contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale

→ l'art. 83 cp è stato allora interpretato in modo da renderlo compatibile con la nuova cornice costituzionale, intendo la formula *a titolo di* ***colpa*** come indicativa di un **effettivo titolo di responsabilità**:
- non si tratta quindi di una forma di responsabilità oggettiva disciplinata con le pene dei reati colposi: il fatto è punibile **solo se in concreto sussiste la colpa**
- **NB** tale interpretazione porta a *"***neutralizzare"*** la portata concreta dell'art. 83 cp (*interpretatio abrogans)*: se c'è colpa e il fatto è previsto come colposo, la responsabilità discende dall'applicazione dei principi generali (di fatto è l'unico modo possibile per evitare pronuncia di incostituzionalità) ed è stata CONFERMATA dalla Cassazione

→ la sent. 4564 della Cassazione a sez. unite del 2009, ha convalidato quest'ultimo orientamento, con riferimento all'art. 586 cp (caso di morte o lesione come conseguenza di altro delitto) che contiene al suo interno un richiamo esplicito all'art. 83 cp
- RAGIONAMENTO (che ha portato ad inquadrare l'aberratio delicti nei principi generali in materia di elemento soggettivo, superando la prospettiva del 1930):
  1) vengono ripresi gli **orientamenti dottrinali** in merito all'art 586 cp:
     a) ipotesi di mera responsabilità oggettiva
     b) ipotesi di responsabilità per colpa specifica, fondata sull'inosservanza della norma penale incriminatrice del reato a base dolosa: si ritiene che non si differenzi dalla prima posizione (la *maschera* semplicemente) e che comporti uno stravolgimento dell'essenza dell'illecito colposo, costituita dalla violazione di una determinata regola cautelare preventiva (in quel caso si trattava di norme con finalità direttamente repressiva: destinate a punire direttamente lesioni di beni giuridici, non a prescrivere cautele)
     c) ipotesi di responsabilità in concreto, imperniata sulla violazione di regole cautelari di condotta e sulla necessità di un accertamento della effettiva prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento non voluto

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) al fine di individuare la **soluzione preferibile**, la Cassazione dichiara di basarsi sul principio di colpevolezza e sulle sentenze della corte costituzionale, andando a specificare che affinchè il fatto sia legittimamente punibile, sono **necessari requisiti soggettivi minimi**, in relazione agli elementi più significativi della fattispecie
   - non avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo in colpa, non ha bisogno di essere rieducato
3) **tra gli elementi significativi** della fattispecie ex art. 386 cp va compreso anche **l'evento non voluto**

ABERRATIO ICTUS

- descrive la situazione in cui l'autore di un reato realizza il fatto che realmente intendeva compiere, MA per **errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato** (o per ***altra causa***), colpisce una **vittima diversa** da quella designata

art. 82 cp **Offesa di persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta**:

"Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60.

Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà."

♦ killer che spara per strada e uccide una persona diversa da quella indicatagli

– DIFFERENZA rispetto all'art. 83 cp:
  il reato realizzato è quello che effettivamente l'autore voleva commettere, MA la **vittima ha un'identità diversa**

→ si tratta di una situazione per certi versi analoga a quella costituita dal c.d. ***error in personam***, nel quale la divergenza tra vittima reale e vittima designata discende da un *difetto di rappresentazione* (ex art. 60 cp)
  - nell'*aberratio ictus* deriva invece da un **errore nell'esecuzione**

– il c.1 precisa che il reo risponde COME SE avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere

– **NB** si considerano anche le CIRCOSTANZE aggravanti e attenuanti ex art. 60 cp

art. 60 **Errore sulla persona dell'offesa:**

"Quando, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, è cagionata offesa a persona diversa da quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole risponde come se avesse commesso il reato in danno della persona che voleva offendere, salve, per quanto riguarda le circostanze aggravanti e attenuanti, le disposizioni dell'articolo 60.

Qualora, oltre alla persona diversa, sia offesa anche quella alla quale l'offesa era diretta, il colpevole soggiace alla pena stabilita per il reato più grave, aumentata fino alla metà."

– DIBATTITO DOTTRINALE sul significato effettivo dell'art. 82 cp:

a) secondo un orientamento largamente condiviso si tratta di un'ipotesi di **responsabilità oggettiva:**
   viene stabilita una disciplina profondamente divergente dai principi generali in materia di elemento soggettivo, dal momento che l'autore dall'*aberratio ictus* sarebbe chiamato a **rispondere con le pene dei delitti dolosi**, per un **fatto che doloso non è**
   - la funzione dell'art. 82 sarebbe quella di SANZIONARE con le pene dei reati dolosi, fatti che sarebbero realizzati **solamente *per colpa***, o addirittura solo in presenza di un ***mero rapporto di causalità***

b) per attutire la durezza di tale approccio, alcuni autori ipotizzano una **responsabilità a titolo di colpa** proponendo di subordinare in via interpretativa l'art. 82.1 all'individuazione di un **coefficiente colposo** per evitare problemi di illegittimità, ipotizzando una
   - si tratterebbe comunque di un caso di responsabilità *anomala*: il reato sarebbe sostanzialmente colposo, ma verrebbe punito con le **pene del delitto doloso**
   - in assenza di comportamento valutabile come *colposo*, l'uccisione della vittima sarebbe penalmente irrilevante, ferma restando la configurabilità di un tentativo nei confronti della vittima designata

CRITICA a questa linea interpretativa: IRRILEVANZA DELL'IDENTITA' DELLA VITTIMA
- in linea di principio NON è elemento costitutivo del reato e pertanto **non rientra nell'oggetto del dolo** (salvo ipotesi particolari, es art. 276 "attentato al pdR", in cui se la condotta per errore nell'esecuzione, incide su altro soggetto, si ricorre alle figure dei reati comuni)
- tale tesi è dimostrata dalla disciplina dell'*error in persona* (in caso di scambio di persona, sempre dolo)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

ABERRACTIO ICTUS BIOFFENSIVA

└caso dell'autore che realizza il fatto voluto nei confronti della vittima designata, ma concretizza anche un delitto, identico per titolo, nei confronti di altro soggetto

- DISCIPLINA particolare:
  applicazione della pena per delitto doloso ***aumentata fino alla metà*** (se al primo omicidio si ritiene di applicare la reclusione di 20 anni, la pena può essere aumentata fino a 30 anni di reclusione)
- **NB** PRECISAZIONE preliminare:
  l'evento ulteriore NON deve essere investito dal dolo, in quanto altrimenti si avrebbe un concorso normale di 2 delitti dolosi (il c.2 prende in considerazione un secondo evento nei confronti del quale non è ravvisabile neanche il dolo eventuale)
- DIVERGENZA dall'applicazione dei *principi generali*:
  il dolo si è esaurito nei confronti della vittima designata e il reo è chiamato a rispondere di un reato non doloso con una pena che può (non per forza deve) raggiungere la metà della sanzione prevista per il delitto doloso
- per evitare dubbi di legittimità costituzionale, anche l'applicazione di tale norma è limitata ai casi in cui l'evento ulteriore è **addebitabile per colpa**
- **NB** la NATURA DI DISCIPLINA **DEROGATRICE** rispetto ai principi generali spiega perché chi ravvisava nel c.2 un caso di responsabilità (parzialmente) oggettiva, riteneva che la disposizione fosse applicabile SOLO **per un evento ulteriore**
  - in caso di *aberractio ictus* plurioffensiva, gli **eventi ulteriori rispetto al secondo** devono essere valutati in base ai principi ordinari (**cumulo giuridico**, trattandosi di concorso formale)
    - l'aumento della pena fino alla metà della pena del delitto doloso può essere effettuata solo per l'**evento colposo immediatamente collegato**; gli *ulteriori eventi*, se addebitabili per colpa, devono essere puniti come delitti colposi in concorso formale

ABERRACTIO CAUSAE

3° forma di *aberratio* concernente il **rapporto di causalità** e che consiste in una DIVERGENZA tra voluto e realizzato che emerge nella fase esecutiva

└un soggetto vuole realizzare un determinato evento ed effettivamente lo cagiona, MA attraverso un ***iter* causale diverso** da quello immaginato

- poiché *di regola* le norme incriminatrici **NON TIPIZZANO L'ITINERARIO CAUSALE** che determina l'evento, si ritiene che questa forma di errore nell'esecuzione NON INCIDA sull'elemento soggettivo e che quindi la responsabilità sia dolosa
  - è **irrilevante** che la causa dell'evento sia diversa da quella programmata
- **NB** è controverso invece il caso (apparentemente simile al precedente) in cui l'autore del fatto cagiona effettivamente l'evento che voleva cagionare, ma attraverso una SUCCESIONE DI CONDOTTE: di esse **solo l'ultima cagiona l'evento morte**, ma il reo è convinto di aver **già** cagionato l'evento con la **condotta precedente**
  - in questi casi la giurisprudenza ha ritenuto di separare la valutazione dell'episodio, ravvisando *tentativo di omicidio* per la prima parte ed *omicidio colposo* per la seconda condotta, asseritamente (secondo quanto sostenuto) realizzata in assenza di dolo
  - in altri casi invece, dando atto della carenza di dolo intenzionale in relazione all'**antecedente causale**, che ha effettivamente prodotto l'evento, si è comunque ritenuto ravvisabile l'*omicidio doloso* in quanto l'ultima parte della condotta appariva sorretta dal dolo, diretto o eventuale

LA RESPONSABILITA' PER REATI COMMESSI A MEZZO STAMPA

- la STAMPA è sempre stata percepita dal legislatore come uno strumento pericoloso di commissione (o amplificazione degli effetti) di reati
  - ha dedicato attenzione al problema, obbligando determinati soggetti a vigilare
- rigida DISCIPLINA del cp in relazione alla **STAMPA PERIODICA**:
  era stabilità l'esigenza di avere un **direttore responsabile** di tutti i reati commessi sul periodico stesso
  - fatta salva la possibilità di incriminazioni per *concorso doloso* con l'autore del fatto, in tutti i casi era chiamato a rispondere con le pene del reato commesso e da lui non impedito, *senza alcuna indagine* sulla rimproverabilità del suo comportamento

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- il regime dell'art. 57 cp è giustificato dal *regime autoritario* dell'epoca fascista, e nel '56 la corte costituzionale accenna un'**interpretazione** della norma in chiave di **responsabilità colposa** (auspicando un intervento del legislatore)

→ nel '58 l'art. 57 viene riscritto con un **esplicito riferimento alla COLPA** del direttore
  - si delinea una fattispecie di reato autonoma di agevolazione colposa di un delitto doloso commesso da altri e non impedito dal soggetto **garante** della conformità alla legge del contenuto periodico
  - in questo modo l'art. 57 è *uscito* dall'elenco delle norme individuatrici di casi di responsabilità oggettiva, ed è divenuto **compatibile** con il principio di colpevolezza
  - **NB** tale articolo è sempre stato ritenuto INAPPLICABILE ai periodici on line per i quali si seguono i principi generali dell'ordinamento (il direttore può rispondervi penalmente solo se si dimostra che l'autore del fatto che è concorrente al doloso), MA recentemente la giurisprudenza ha inaugurato un **nuovo indirizzo interpretativo**, fondato su *un equivoco teorico*:
    - la corte ha sancito l'applicabilità dell'art. 57 alla luce della *nozione di stampa* offerta dalla cassazione ai fini dell'applicazione delle garanzie costituzionali dell'informazione on line
    - applicazione analogica *in malam partem*, che strumentalizza l'apertura garantistica delle sezioni unite
    - i problemi appaiono superabili solo nel quadro di un'auspicata riforma della disciplina penale complessiva

CONDIZIONI OBIETTIVE DI PUNIBILITA'

eventi naturalistici (es pericolo di frana o inondazione) o **giuridici** (la sent. dichiarativa di fallimento, annullamento matrimonio) dai quali non dipende l'esistenza del reato, ma è **condizionata la mera punibilità**

art. 44 cp **Condizione obiettiva di punibilità**:

"*Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto*"

- **NB** si differenziano dalle ***CONDIZIONI DI PROCEDIBILITA'*** (querela, istanza..) che rappresentano ipotesi non tipiche di istanze di **opportunità di punibilità** rimesse ad una valutazione di terzi interessati, titolari di un potere discrezionale di rimuovere o meno l'ostacolo all'esercizio obbligatorio dell'azione penale
  - non incidono sulla punibilità, ma sulla **conoscibilità** del fatto da parte del giudice
- ORIGINE STORICA:
  sono state previste nel codice come momento di tipizzazione delle **esigenze di opportunità di punibilità** nel rispetto del *principio di legalità* e come logica conseguenza del passaggio dalla discrezionalità all'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale
- **CRITERI DI IDENTIFICAZIONE** (rispetto agli **elementi essenziali** del reato):
  - l'assenza di indicazioni legislative (l'art. 44 contiene una definizione sommaria e negativa) comporta uno scostamento dal principio di legalità, e ha portato all'elaborazione di diversi criteri:
    a) CRITERI **FORMALI**:
    - l'uso nella formulazione della fattispecie di locuzioni del tipo *"se dal fatto deriva", "qualora si verifichi"* è indizio della presenza di una condizione obbiettiva di punibilità
      - ma tale criterio non è funzionale dal momento che tali locuzioni sono presenti anche nei delitti aggravati dall'evento
    - non sono condizioni obiettive di punibilità quegli eventi legati da un rapporto di causalità materiale

    b) CRITERIO **SOSTANZIALE**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IMPUTABILITA'

l'ordinamento la definisce come **capacità di intendere e di volere**

LA DISCUSSIONE SULL'INQUADRAMENTO DOGMATICO

art. 85 cp **Capacità di intendere e di volere**

"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile.
È imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere"

2 POSIZIONI contrapposte:

A) l'imputabilità, in quanto modo di essere dell'individuo, costituirebbe un **REQUISITO** della **capacità giuridica penale,** intesa come capacità di essere sottoposto ad una pena
   - dal momento che il *non imputabile* è comunque *penalmente capace*, in quanto potenziale destinatario di misure di sicurezza
   - tesi sostenuta dai seguaci della teoria **bipartita**
   - RAGIONI (soprattutto di carattere **testuale**):
     - il cp colloca le norme sull'imputabilità nel titolo IV, libro 2°, dedicato al reo, e non nel titolo III del reato, dove si affronta la problematica dell'elemento soggettivo
     - le disposizioni del cp che definiscono il *reato* (artt. 86 e 111cp) o il *delitto* (artt. 648, bis, ter) lo ritengono perfetto in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, anche se commesso da soggetto non imputabile
       → l'imputabilità non può costituire il presupposto della colpevolezza, ma attiene esclusivamente allo *status* ♦ anche il minore di 14 anni o l'infermo di mente possono commettere un fatto doloso o colposo

B) l'imputabilità vista come il **1° fondamentale PASSAGGIO DEL GIUDIZIO** di rimproverabilità che caratterizza e fonda la colpevolezza, dopo aver accertato l'esistenza di un fatto tipico e antigiuridico
   - è la tesi più appoggiata e seguita dalla teoria **tripartita**
   - muove da un'idea non psicologica ma **normativa** della colpevolezza: no *status* psicologico del reo
   - le prove del dolo o della colpevolezza non potrebbero essere fornite se prima non si è accertato che l'autore fosse in grado di intendere e di volere
   - → quando il codice fa riferimento al reato o delitto del *non imputabile*:
     1) si riferisce esclusivamente al fatto storico, tipico e antigiuridico, che però non può portare a un giudizio di colpevolezza, perché non rimproverabile
     2) non ci si può parlare di dolo o colpa, ma solo di *pseudo-dolo o pseudo-colpa*, trattandosi di atteggiamenti psicologici abnormi, influenzati e pregiudicati dalla mancanza della capacità di intendere e di volere
   - tale posizione trova conferma nella giurisprudenza prevalente, e in particolare una sentenza delle sezioni unite del 2005 in materia di *vizio di mente*

NOZIONE DI IMPUTABILITA'

la definizione che l'art. 85 dà è quella di *capacità di intendere e di volere*

- capacità di **INTENDERE**:
  corretta **rappresentazione della realtà esterna**, accompagnata dalla **consapevolezza delle conseguenze** dei propri atti
- capacità di **VOLERE**:
  attitudine ad **autodeterminarsi**, indirizzando i propri comportamenti verso **fini e obiettivi scelti consapevolmente** (presuppone la capacità di intendere)
  - non va intesa come *libero arbitrio assoluto*, dal momento che l'uomo è sempre soggetto a condizionamenti sia interni che esterni, ma come relativa *libertà di scegliere come agire e comportarsi*

→ **NB** entrambi i requisiti devono essere presenti perché un soggetto si ritenga imputabile: la mancanza di uno dei due renderebbe il fatto commesso non rimproverabile dal momento che la minaccia di pena non sarebbe efficace

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– ACCERTAMENTO DELLA CAPACITA' DI INTENDERE E DI VOLERE:

1) RIFERIMENTO TEMPORALE: **momento del compimento del fatto**
   esistono però rilevanti ECCEZIONI al principio, in virtù delle quali il rimprovero viene fatto retroagire al momento nel quale il soggetto si è consapevolmente posto in una situazione di incapacità (e per questo sono dette ***actiones liberae in causa***):
   a) stato preordinato di incapacità al fine di commettere un reato o precostituirsi una scusa
   b) ubriachezza volontaria, colposa o preordinata

2) RIFERIMENTO AL REATO COMMESSO
   un soggetto può essere **in grado di percepire il disvalore** del proprio comportamento **rispetto ad un fatto e non ad un altro**
   un soggetto può **non** essere **in grado di resistere ad un impulso di natura patologica**, ma riuscire a determinarsi consapevolmente verso un determinato obiettivo
   ♦ cleptomane che ruba una cosa, e che uccide una cassiera che se ne rende conto (risponde solo per quest'ultimo fatto)

TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DELL'IMPUTABILITA'

situazioni **patologiche**/di **disabilità sensoriale**
- vizio di mente
- intossicazione cronica da alcool/stupefacenti
- sordomutismo

minore età

NB se il giudice dovesse trovarsi di fronte a un soggetto che, pur non rientrando **in alcuna della situazioni previste** dal codice, non fosse al momento del fatto capace di intendere e di volere, deve comunque dichiararli non imputabile, applicando la regola generale dell'art. 85?

– la dottrina tende a ritenere che **SI POSSA ESTENDERE** l'applicazione del'art. 85
  RAGIONI:
  1) garantire al massimo grado possibile il rispetto del **principio di colpevolezza**, permettendo al giudice di non punire quando non può essere mosso al soggetto alcun rimprovero
  2) il codice **esclude esplicitamente** alcune ipotesi dalla declaratoria di non punibilità (le *actiones liberae in causa* e il caso di un soggetto che agisce sotto l'effetto di stati emotivi e passionali*)*

→ si può quindi applicare l'art. 85 (o estendere **analogicamente *in bonam partem*** una delle cause espresse di esclusione dell'imputabilità) a casi non disciplinati in alcun modo dal codice:
  ♦ soggetto gravato da un'insanabile *rusticitas*, che renda evidente l'assoluta mancanza di socializzazione

MINORE ETA'

art. 97 cp: "*Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni*"

– **NB** la *psicologia dell'età evolutiva* tiene conto della diversa declinazione dei **processi di maturazione** di ciascun bambino, anche con riferimento agli aspetti antropologici e culturali
  il *diritto penale* necessita invece, nel rispetto del principio di legalità, di **indicazioni e termini tassativi** e **precisi**, che consentano di individuare con certezza a partire da quale età un minore debba rispondere dei propri atti

– il cp individua **3 FASCE D'ETA'** (e per ciascuna di esse definisce **regole diverse**):

1) AL DI SOTTO DEI 14ANNI:
   ex art. 97 cp vige una **PRESUNZIONE assoluta e invincibile di non punibilità**
   il giudice deve emettere un'immediata **declaratoria di non punibilità**
   parte di dottrina propone di abbassare la soglia a 12 anni, per via del sempre più frequente ricorso a infra14enni per il compimento di reati (ma si ritiene più importante un'efficace repressione dei comportamenti degli adulti che attraverso tali condotte si arricchiscono, senza criminalizzare gli *esecutori materiali*)
2) AL DI SOPRA DEI 18 ANNI:
   PRESUNZIONE egualmente invincibile ma **di segno contrario:** il maggiorenne è SEMPRE imputabile e la capacità di intendere e di volere potrà essere esclusa solo dalla presenza di una causa indicata dall'ordinamento penale

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

3) DAI 14 AI 18 ANNI:
periodo rispetto al quale il conseguimento della capacità di intendere e di volere può essere significativamente influenzata da molteplici fattori di carattere sociale, culturale, affettivo, economico…

art. 98 cp **Minore degli anni 18**:

"È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita.

Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale"

- è una fascia di età **molto delicata** e, in virtù di tale difficoltà, il giudice dovrà **VALUTARE CASO PER CASO**, al di fuori di qualsiasi presunzione, servendosi del parere di uno o più periti (psicologi, pedagoghi, crimonologi..)
- interrogativo: è stato acquisito dal minore un **grado sufficiente di maturità** per comprendere le conseguenze dei propri comportamenti e per riuscire a superare i condizionamenti ad agire (che nei minori sono molto più rilevanti che per gli adulti)
- ancor di più che per i maggiorenni, ili giudizio di imputabilità deve essere svolto con **stretto riferimento al reato commesso**
- **NB** più ci si avvicina alla soglia dei 18 anni, tanto più sarà eccezionale un giudizio di non punibilità del minore

– SANZIONI:
  a) se il minore non è imputabile (perché non ha ancora compiuto 14 anni o infra18enne ritenuto dal giudice incapace di intendere e di volere), **non può essere sottoposto a pena**, MA **se socialmente pericoloso**, potrà essere sottoposta alla **misura di sicurezza** della libertà vigilata o del riformatorio giudiziario
  b) se il minore infra18enne viene ritenuto imputabile, **può essere sottoposto a pena** MA **sino a 1/3**
     - la minore età costituisce infatti una *sorta* di circostanza attenuante

VIZIO DI MENTE

- si sostanzia nel concetto di **INFERIMITA'** che consiste in uno **stato patologico di tipo psichiatrico**, ma anche **fisico** (ciò che la distingue dall'***infermità psichica*** legata al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario)

art. 88 cp **Vizio totale di mente**:

"*Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere o di volere*"

art. 89 cp **Vizio parziale di mente**:

"*Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, risponde del reato commesso; ma la pena è diminuita*"

– la **SEMI-INFERMITA' DI MENTE** coincide con un **disturbo non settoriale**, che quindi deve investire tutta la psiche del soggetto, MA in materia tale da **non** escludere **completamente** la capacità di comprendere correttamente la realtà esterna e le conseguenze dei propri comportamenti, nonché di autodeterminarsi
– l'infermità di mente per essere RILEVANTE:
  1) deve essere presente al **momento del fatto**, per **esplicita previsione normativa**
  2) deve aver **causalmente influito** sulla commissione del reato, determinato proprio a causa del vizio di mente
  - non potrà invocare il difetto di imputabilità il soggetto che, pur affetto da una patologia psichiatrica con conseguente delirio persecutorio, commetta una grave frode fiscale per puro interesse economico
– TIPOLOGIE DI INFERMITA':
  a) psichica o fisica (come il delirio febrile)
  b) permanente o non permanente (patologia che regredisce)
– CONCETTO DI **VIZIO DI MENTE** (oggetto di discussione in dottrina e in giurisprudenza):
  a) secondo una prima datata impostazione potevano rientrarvi SOLO le **malattie mentali a base organica**, riconosciute ufficialmente: **schizofrenia e delirio paranoide**
     - escluso qualsiasi altro disturbo mentale
  b) superata la visione esclusivamente *medico-biologico* della psichiatria, si è affermato un orientamento **opposto** grazie al quale è stato riconosciuto l'effetto sull'imputabilità anche con riferimento a malattie diverse, non riconosciute dalla nosografia psichiatrica, quando abbiano escluso o diminuito la capacità di intendere e di volere

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCETTO DI DISTURBI DELLA PERSONALITA'

└**anomalie caratteriali**, che *a certe condizioni*, possono escludere/diminuire l'imputabilità

– in una fondamentale sentenza della cassazione del **2005** è stato risolto il **conflitto giurisprudenziale** sul concetto di "vizio di mente" e sono stati stabiliti:
  a) i **criteri** alla stregua dei quali il *disturbo della personalità* possa incidere sull'imputabilità
  b) i **limiti** oltre i quali non possono acquistare alcun rilievo altre anomalie caratteriali

→ i disturbi della personalità possono RIENTRARE nel concetto di **infermità** purchè:
  1) siano di **consistenza, intensità e gravità** tali da INCIDERE CONCRETAMENTE sulla capacità di intendere e di volere
  2) a condizione che esista un **nesso eziologico** con la specifica condotta, per effetto del quale si può ritenere che il fatto di reato sia CAUSALMENTE DETERMINATO dal disturbo mentale

→ nessun rilievo va dato ad altre ***anomalie caratteriali*** *o* ***alterazioni, disarmonie*** *della personalità* che non presentino i caratteri indicati, o agli **stati emotivi e passionali** (salvo il quadro più ampio di *infermità)*

→ nel solco di questo orientamento si è ESCLUSO che possano incidere sull'imputabilità:
  - il vizio del gioco d'azzardo (in relazione al reato di rapina)
  - il mero dato anagrafico dell'età avanzato (nella specie 80anni) e la presenza di momentanei deficit mnemonici
  - la pedofilia

CONCETTO DI STATI EMOTIVI E PASSIONALI

art. 90 cp: "*Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità*"

– **NB** la previsione del codice costituisce una *sorta* di ECCEZIONE all'art. 85 cp:
  porta a ritenere pienamente imputabile anche chi commetta un fatto di reato in assenza della capacità di intendere o di volere, **per una forte incontenibile pulsione affettiva o passionale**

→ la giurisprudenza ha affermato che non possono avere alcun effetto:
  - la *gelosia*, se non dipendente da un vero e proprio stato patologico adeguatamente comprovato
  - *crisi di astinenza* del tossicodipendente

– le CRITICHE all'art. 90 sono soprattutto legate alle c.d. **REAZIONI A CORTO CIRCUITO**, *fenomeni psichi*ci che, pur avendo **natura transitoria** ESLCUDONO, sulla base di un *profondo e incontenibile perturbamento emotivo*, la capacità di intendere e di volere
  └nel 2014 la cassazione ha affermato in certe situazioni possano essere manifestazioni di una vera e propria malattia che compromette la capacità di intendere e di volere

– CONSEGUENZE SANZIONATORIE:
  a) se la capacità di intendere e di volere è DEL TUTTO ESCLUSA, il soggetto non può essere punito, ma se socialmente pericoloso al momento della pronuncia della sentenza di *non luogo a procedere,* può essere sottoposto a misura di sicurezza
  b) la semiinfermità NON ESCLUDE invece l'imputabilità, ma costituisce una circostanza attenuante (e dopo aver scontato la pena, se ancora socialmente pericoloso il semi infermo di mente potrà essere sottoposto a misura di sicurezza)

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

ASSUNZIONE DI SOSTANZE ALCOLICHE O STUPEFACENTI

- la disciplina in tale materia costituisce una delle più evidenti **DEROGHE** alla regola generale di cui all'art. 85 cp

→ **NB** entrambe le sostanze incidono in maniera decisiva sulla capacità di intendere e di volere, MA il codice attribuisce l'affetto di ESCLUDERE l'imputabilità SOLO a **2 situazioni** (marginali):

1) ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti **INCOLPEVOLE:**
2) intossicazione ***cronica*** da sostanze alcoliche o stupefacenti

└ in tutti gli altri casi il soggetto viene **ritenuto imputabile** in virtù di una *vera e propria* FINZIONE

- RAGIONI:

esigenze di politica criminale volte a:

a) evitare l'impunità di coloro che hanno commesso il reato in uno stato che ha un significativo *effetto criminogeno*
b) impedire un'agevole precostituzione di scuse

- nella prospettiva del codice del 1930, i ***problemi in materia di colpevolezza*** venivano superati facendo RETROAGIRE IL RIMPROVERO al momento al quale il soggetto si poneva nella situazione di mancanza della capacità di intendere e di volere (secondo lo schema del *versari in re illecita)*

└ ragionamento che oggi risulta del tutto insufficiente

UBRIACHEZZA INVOLONTARIA

art. 91 **Ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore** :

"Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva la capacità d'intendere o di volere, a cagione di piena ubriachezza derivata da caso fortuito o da forza maggiore.

Se l'ubriachezza non era piena, ma era tuttavia tale da scemare grandemente, senza escluderla, la capacità d'intendere o di volere, la pena è diminuita"

art. 93 **Fatto commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti**:

"Le disposizioni dei due articoli precedenti si applicano anche quando il fatto è stato commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti"

- viene **esclusa l'imputabilità** del soggetto, ma si tratta di un caso ***quasi di scuola***

└ non viene neanche applicata alcuna misura di sicurezza

♦ alterazione delle funzioni mentali causata dai vapori dell'alcool dopo aver pulito le botti di una cantina
♦ assunzione di un farmaco che il farmacista non specifica essere un oppiaceo

- sono ipotesi ECCEZIONALI, non ci sono casi giurisprudenziali, anche per via del principio in virtù del quale il caso fortuito o la forza maggiore andrebbero provati con certezza dal reo

UBRIACHEZZA VOLONTARIA O COLPOSA

art. 92 **Ubriachezza volontaria o colposa ovvero preordinata**:

"L'ubriachezza non derivata da caso fortuito o da forza maggiore non esclude né diminuisce la imputabilità."

- ubriachezza VOLONTARIA: di colui che assume una rilevante quantità di alcool per n motivi personali
- ubriachezza COLPOSA: di colui che negligentemente non controlla la quantità di alcool ingerita e gli effetti che potrebbero derivarne in base alle circostanze in cui si trova (es caldo estivo)

└▶ in entrambi i casi il soggetto viene ritenuto imputabile

- **NB** il titolo di responsabilità soggettiva in base alla quale egli sarà punito non deve essere valutato con riferimento al momento in cui il soggetto si è ubriacato, ma risponderà sulla base dello *pseudo-dolo e pseudo-colpa* valutata con riferimento al reato commesso

♦ risponderà di omicidio colposo colui che, pur essendosi ubriacato volontariamente, si dimentichi di allacciare le cinture di sicurezza del figlio e provochi un incidente stradale, nel quale il bambino muore
♦ risponderà di omicidio doloso colui che abbia colposamente superato i limiti di alcool che poteva sostenere senza problemi, e investa un passante che lo prendeva in giro per la sua andatura ondeggiante

└ il rispetto del principio di colpevolezza imporrebbe di punire a titolo di dolo l'omicida solo se si è ubriacato con dolo e se il fatto era quantomeno prevedibile: in questo modo egli avrebbe comunque accettato il rischio di commettere il reato e vi sarebbe quanto meno un rimprovero riconducibile al dolo eventuale

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

UBRIACHEZZA PREORDINATA E ABITUALE

art. 92.2: "*Se l'ubriachezza era preordinata al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa, la pena è aumentata*"

art. 94 **Ubriachezza abituale**:

"*Quando il reato è commesso in stato di ubriachezza, e questa è abituale, la pena è aumentata.*
Agli effetti della legge penale, è considerato ubriaco abituale chi è dedito all'uso di bevande alcooliche e in stato frequente di ubriachezza.
L'aggravamento di pena stabilito nella prima parte di questo articolo si applica anche quando il reato è commesso sotto l'azione di sostanze stupefacenti da chi è dedito all'uso di tali sostanze"

- **NB** sono 2 situazioni in cui:
  1) è **esclusa** la punibilità
  2) è **aggravata la pena**
  3) è possibile applicare **misure di sicurezza**
- ubriachezza PREORDINATA: finalizzata al compimento di un reato o a precostituirsi una scusa
  - in questo caso non si pongono problemi in materia di colpevolezza dal momento che il reato commesso era già stato previsto e voluto al momento dell'assunzione della sostanza alcolica o stupefacente
- ubriachezza ABITUALE: colui che è dedito all'uso di sostanze alcoliche, ed è in frequente stato di ubriachezza

CRONICA INTOSSICAZIONE DA ALCOOL o STUPEFACENTI

art. 95 **Cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti**:

"*Per i fatti commessi in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool ovvero da sostanze stupefacenti, si applicano le disposizioni contenute negli articoli 88 e 89*"

- è una vera e propria **alterazione mentale patologica, irreversibile,** indipendente dall'eventuale ulteriore assunzione di alcool o stupefacenti

→ viene dettata la medesima disciplina del **vizio di mente:**
esclusione o diminuzione dell'imputabilità ed eventuale misura di sicurezza

SORDOMUTISMO

art. 96 cp **Sordomutismo**:

"*Non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità, la capacità d'intendere o di volere.*
Se la capacità d'intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita"

- viene dettata una disciplina simile a quella prevista per il vizio di mente
- **NB** è importante che il giudice accerti **nel caso concreto** la capacità di intendere e di volere, per verificare se la disabilità sensoriale abbia impedito o ostacolato un **corretto sviluppo** della personalità del soggetto, rilevante ai fini del giudizio di imputabilità
  - in un contesto sociale come quello degli anni '30, il sordomuto poteva aver subito un **forte deficit** dal punto di vista educativo
  - in una situazione di maggiore socializzazione, la norma in questione svolge un ruolo *molto marginale*

→ la commissione per la riforma del codice penale Pisapia aveva proposto l'**eliminazione** della norma in oggetto

- PROFILI LACUNOSI della norma:
  a) mancata distinzione tra sordomutismo congenito o acquisito: entrambi potrebbero potenzialmente portare a una declaratoria di non imputabilità
  b) colui che sia solo sordo o solo muto non può beneficiare della previsione normativa, e se dovesse essere ritenuto incapace di intendere e di volere a causa della propria infermità fisica, si applicherebbe la disciplina ex artt. 88 e 89

ACTIO LIBERA IN CAUSA

art. 86 cp: "*Se taluno mette altri nello stato d'incapacità d'intendere o di volere, al fine di fargli commettere un reato, del reato commesso dalla persona resa incapace risponde chi ha cagionato lo stato di incapacità*"

art. 87: "*La disposizione della prima parte dell'articolo 85 non si applica a chi si è messo in stato d'incapacità d'intendere o di volere al fine di commettere il reato, o di prepararsi una scusa*"

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

REATO CIRCOSTANZIATO

└reato che contiene tutti gli elementi della fattispecie del reato semplice, con l'aggiunta di uno o più requisiti specializzanti, le circostanze

LE CIRCOSTANZE

└**elementi accidentali**, la cui sussistenza non è necessaria al fine della sussistenza del reato, che si aggiungono a una fattispecie criminosa già costituita e **incidono sulla sua gravità**

→ **NB** comportano di regola:

a) una **VARIAZIONE DELLA PENA,** che può essere:
- **quantitativa** — quando alla pena applicabile al reato deve aggiungersi un *quantum* di pena della stessa specie
  quando la legge prevede una cornice edittale autonoma
- **qualitativa**: quando la circostanza modica la specie della pena

b) una **MODIFICA DELLA PROCEDIBILITA' DEL REATO**

– hanno un'EFFICACIA EXTRA EDITTALE:
la circostanza può comportare una variazione del trattamento sanzionatorio con **superamento dei limiti edittali** indicati dalle singole fattispecie incriminatrici

– FUNZIONI:
1) consentono di **ADEGUARE** il trattamento sanzionatorio al **reale disvalore del fatto**
2) garantiscono il rispetto del **PRINCIPIO DI LEGALITA'**:
in quanto descritte dalla legge consentono di realizzare l'*adeguamento del trattamento sanzionatorio* alla gravità del reato, senza lasciare questo compito alla discrezionalità del giudice

CLASSIFICAZIONE

NB classificazione che attiene al contenuto in relazione agli **effetti applicativi**, al loro **contenuto**, alle **tecniche di previsione** legislativa

– CIRCOSTANZE COMUNI:

a) **AGGRAVANTI:**
ex art. 61, comportano un aumento del trattamento sanzionatorio
└in totale sono previste 17 situazioni, tra cui:
- l'aver agito per motivi abietti o futili
- l'aver commesso un reato per eseguirne od occultarne un altro
- l'avere agito nei delitti colposi, nonostante la previsione dell'evento
- aver agito con crudeltà verso le persone
- l'aver commesso un fatto con abuso di poteri, o violazione di doveri inerenti alla pubblica funzione
- l'aver commesso un fatto contro un pubblico ufficiale
- ….

b) **ATTENUTANTI**:
ex art. 62 prevedono una diminuzione della sanzione applicabile
└in totale ne sono previste 6:
- l'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale
- .. per stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui
- .. per una folla in tumulto
- l'aver conseguito un lucro di particolare tenuità nei delitti contro il patrimonio
- l'avere prima del giudizio riparato interamente il danno, mediante risarcimento o restituzione

c) **ATTENUANTI GENERICHE**:
ex art. 62-*bis* comportano una diminuzione della pena a prescindere dai casi previsti nell'art. 62

– CIRCOSTANZE SPECIALI**:**
sono previste espressamente in relazione a uno o più reati
- le circostanze aggravanti dell'omicidio doloso (artt. 576, 577 cp)
- le circostanze aggravanti del furto (art. 625 cp) e della rapina (art. 628.3 cp)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

NB classificazione che attiene alla **tipologia della variazione di pena**

- CIRCOSTANZE **AD EFFETTO COMUNE:**
  quando la pena è aumentata o diminuita fino a 1/3, nel rispetto dei limiti di cui gli artt. 64 e 65
- CIRCOSTANZE **AD EFFETTO SPECIALE:**
  quelle che comportano una variazione di pena superiore a 1/3
- CIRCOSTANZE **AUTONOME:**
  quelle in cui il legislatore stabilisce una pena diversa (elenco all'art. 577 cp)
- CIRCOSTANZE **INDIPENDENTI**:
  quando la pena è determinata in misura indipendente rispetto a quella ordinaria entro una nuova cornice edittale
- CIRCOSTANZE **OGGETTIVE:**
  quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il luogo, il tempo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, le condizioni o le qualità personali dell'offeso
- CIRCOSTANZE **SOGGETTIVE**:
  quelle che concernono l'intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni o le qualità personali del colpevole o i rapporti fra il colpevole e l'offeso
- CIRCOSTANZE **TIPICHE:**
  quelle i cui elementi costitutivi sono descritti in materia tassativa dalla norma
- CIRCOSTANZE **INDEFINITE**:
  quelle in cui l'individuazione degli elementi costitutivi è rimessa alla discrezionalità del giudice (con problemi riguardo la compatibilità con il principio di determinatezza) e le ipotesi contenute nella parte speciale in cui è prevista una variazione della pena per lieve entità/tenuità del fatto

NB classificazione in relazione alle **eventuali limitazioni al giudizio di bilanciamento**:

- CIRCOSTANZE **PRIVILEGIATE (o BLINDATE)**:
  particolari ipotesi circostanziali di cui viene sempre garantita l'applicazione: la modificazione di pena riconnessa
  - al loro riconoscimento non potrà essere vanificata in sede di concorso di circostanze di segno opposto
  - dovranno trovare applicazione a prescindere dagli esiti del giudizio di bilanciamento del giudice

L'IMPUTAZIONE DELLE CIRCOSTANZE

art. 59 cp: "*Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.*
Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.
Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui.
Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo"

- DISICPLINA ORIGINARIA:
  l'art. 59 prevedeva che le circostanze aggravanti o attenuanti si imputassero al soggetto agente **OGGETTIVAMENTE**, anche se non riconosciute dall'agente o per errore ritenute inesistenti
  - facevano eccezione la disciplina dell'*error in personam* (ex art. 60) e le ipotesi circostanziali in cui era necessario l'accertamento del profilo del profilo soggettivo (es art. 61.1)
  - tale criterio si presentava incompatibile con il principio di responsabilità penale personale
- DISCIPLINA RIFORMATA (dopo le sentenze della corte che hanno affermato la necessità che gli elementi più significativi della fattispecie debbano essere imputati quanto meno a titolo di colpa):
  - è stata confermata la **valutazione oggettiva** per le circostanze **attenuanti**
  - le circostanze **aggravanti** sono valutate a carico dell'agente SOLTANTO SE:
    a) **da lui conosciute**
    b) **ignorate per colpa**
    c) **ritenute inesistenti per errore determinato da colpa**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

L'EFFICACIA DELL'ERRORE SULLA PERSONA OFFESA NEL REATO CIRCOSTANZIATO

art. 60 cp: "*Nel caso di errore sulla persona offesa da un reato, non sono poste a carico dell'agente le circostanze aggravanti, che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole.*
Sono invece valutate a suo favore le circostanze attenuanti, erroneamente supposte, che concernono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti.
Le disposizioni di questo articolo non si applicano, se si tratta di circostanze che riguardano l'età o altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa"

- **NB** l'art. 60 cp introduce delle DEROGHE alla disciplina dell'imputazione delle circostanze nell'ipotesi di **errore sulla persona offesa dal reato** (caso in cui tizio crede di uccidere mentre la reale vittima è sempronio)

→ DISCIPLINA **FAVOREVOLE** per il reo:

1) NON sono poste a carico dell'agente le circostanze AGGRAVANTI che riguardano:
   - le condizioni o qualità della persona offesa
   - i rapporti tra offeso e colpevole
2) sono valutate a suo favore le circostanze ATTENUTANTI, erroneamente supposte, che concernono:
   - le condizioni o le qualità
   - i rapporti predetti

tale disciplina NON SI APPLICA si applica in relazione alle circostanze che riguardano **l'età** o **altre condizioni** o **qualità** fisiche o psichiche della persona offesa:

1) le aggravanti potranno essere poste a carico del soggetto agente solo se l'errore è dovuto a colpa
2) le attenuanti solo se oggettivamente esistenti

- per espresso rinvio contenuto nell'art. 82 cp la disciplina delll'art. 32 cp è applicabile anche all'*aberratio ictus*

IL COMPUTO DELLE CIRCOSTANZE

PRESENZA DI UNA SOLA CIRCOSTANZA

art. 63.1 cp: "*Quando la legge dispone che la pena sia aumentata o diminuita entro limiti determinati, l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di essa, che il giudice applicherebbe al colpevole, qualora non concorresse la circostanza che la fa aumentare o diminuire*"

c.3: "*Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza anzidetta*"

- è differente la **modalità di computo** della circostanza a seconda della **tipologia della stessa**
- in presenza di una circostanza **AD EFFETTO COMUNE** l'aumento o la diminuzione si opera sulla quantità di pena che il giudice applicherebbe se non concorresse alcuna circostanza (**pena base**)
  - quando ricorre una sola circostanza aggravante ad affetto comune la pena è aumentata fino a 1/3 e la pena della reclusione da applicare per effetto dell'aumento non può superare gli anni 30
  - quando ricorre una sola circostanza attenuante ad effetto comune, la pena è diminuita fino a 1/3 e alla dell'ergastolo è sostituita la reclusione da 20 a 24 anni
- in presenza di circostanze **INDIPENDENTI o AD EFFETTO SPECIALE,** l'aumento o la diminuzione della pena per le altre circostanze non opera sulla pena base del reato, ma sulla pena stabilita per le predette circostanze

CONCORSO DI CIRCOSTANZE

può essere **OMOGENEO o ETEROGENEO** a seconda che concorrano più circostanze dello stesso o di diverso segno

CONCORSO OMOGENEO

- **NB** prima di procedere al computo bisogna verificare che non sussistano i presupposti degli articoli:
  - art. 15: "*Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di **legge speciale deroga alla legge** o **alla disposizione di legge generale***"
  - art. 68: "*Salvo quanto è disposto nell'articolo 15, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, è valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, **il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena***"

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– bisogna distinguere TRA

a) concorso di circostanze **AD EFFETTO COMUNE**:

art. 63.2: "*Se concorrono più circostanze aggravanti, ovvero più circostanze attenuanti, l'aumento o la diminuzione di pena si opera sulla quantità di essa risultante dall'aumento o dalla diminuzione precedente*"

♦ 10 (pena base) + 1/3= **13,3** + 1/3= **17.4** + 1/3=…

b) concorso di circostanze **AD EFFICACIA SPECIALE:**

art. 63.4: "*Se concorrono più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla*"

fino a 1/3 ex art. 64

♦ 10 (pena base) + 1/2 + 3/5 + **2/3** (viene considerata solo quest'ultima)

c) concorso di circostanze **AD EFFICACIA COMUNE e SPECIALE:**

art. 63.3: "*Quando per una circostanza la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato o si tratta di circostanza ad effetto speciale, l'aumento o la diminuzione per le altre circostanze non opera sulla pena ordinaria del reato, ma sulla pena stabilita per la circostanza ad efficacia speciale.*"

♦ 10 (pena base) + **1/2** + 1/3= 15 + 1/3= 20

– LIMITI DELL'**AUMENTO DI PENA** in caso di concorso di più circostanze aggravanti:

art. 66: "*Se concorrono più circostanze aggravanti, la pena da applicare per effetto degli aumenti non può superare il **triplo del massimo stabilito dalla legge per il reato**, salvo le ipotesi di circostanze ad effetto speciale, né comunque eccedere:*

1) gli anni trenta, se si tratta della reclusione;

2) gli anni cinque, se si tratta dell'arresto;

3) e, rispettivamente, euro 10.329 o euro 2.065, se si tratta della multa o dell'ammenda"

– LIMITI DELLE DIMINUZIONI DI PENA nel caso di concorso di più attenuanti:

art. 67: "*Se concorrono più circostanze attenuanti, la pena da applicare per effetto delle diminuzioni non può essere inferiore a **dieci anni di reclusione**, se per il delitto la legge stabilisce la pena dell'ergastolo.*

Le altre pene sono diminuite. In tal caso, quando non si tratta delle circostanze indicate nel secondo capoverso dell'articolo 63, la pena non può essere applicata in misura inferiore ad un quarto"

CONCORSO ETEROGENEO e GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO

art. 69 **Concorso di circostanze aggravanti e attenuanti**:

"*Quando concorrono insieme circostanze aggravanti e circostanze attenuanti, e le prime sono dal giudice ritenute prevalenti, non si tien conto delle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti, e si fa luogo soltanto agli aumenti di pena stabiliti per le circostanze aggravanti.*

Se le circostanze attenuanti sono ritenute prevalenti sulle circostanze aggravanti, non si tien conto degli aumenti di pena stabiliti per queste ultime, e si fa luogo soltanto alle diminuzioni di pena stabilite per le circostanze attenuanti.

*Se fra le circostanze aggravanti e quelle attenuanti il giudice ritiene che vi sia **equivalenza**, si applica la pena che sarebbe inflitta **se non concorresse alcuna di dette circostanze**.*

*Le disposizioni del presente articolo si applicano **anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole**, **esclusi** i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è **divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti** sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una **pena di specie diversa** o **determini la misura della pena** in modo **indipendente** da quella ordinaria del reato*"

– il **GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO** assolve in pieno alla funzione di **individualizzazione della pena** al caso concreto
  - definito come *un giudizio complessivo e sintetico sulla **personalità del reo** e sulla **gravità del reato***, basato sulla **valutazione comparativa** delle circostanze eterogenee
  - il giudice deve procedere a una valutazione UNITARIA ed INTEGRALE dell'episodio criminoso, che consenta il pieno rispetto del **PRINICPIO DI PROPORZIONE** tra la pena da comminare e il fatto criminoso

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- nella formulazione ORIGINARIA dell'art. 69 cp era previsto che il giudice procedesse *discrezionalmente* al giudizio di bilanciamento attraverso una VALUTAZIONE QUALITATIVA del peso delle diverse circostanze, con la possibilità della **dichiarazione di prevalenza delle aggravanti** o delle **attenuanti** o della loro **equivalenza**
  - restavano FUORI dal giudizio di bilanciamento:
    1) le circostanze ad **efficacia speciale** (per cui è prevista una pena di specie diversa rispetto a quella ordinaria o determinata in misura indipendente)
    2) le circostanze inerenti la persona del colpevole (imputabilità diminuita, recidiva)
- RIFORMA DEL 1974:
  è stato esteso il giudizio di bilanciamento ANCHE alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e alle circostanze ad effetto speciale (eliminate le deroghe all'art. 69)
  - INTENTO del legislatore: porre fine al **rigorismo sanzionatorio** che caratterizzava alcune fattispecie, in cui la pena appariva sproporzionata rispetto all'entità dei fatti e alla personalità del colpevole
    (es molto evidente nel caso del furto aggravato e della resistenza a pubblico ufficiale aggravata, in cui nonostante il riconoscimento delle attenuanti generiche, non poteva essere applicata a un soggetto non recidivo la pena della reclusione inferiore a 2 anni)
- CRITICHE:
  a) ampliamento del **potere discrezionale** del giudice, e in difficoltà per via dell'**assenza di criteri normativi** per distinguere le circostanze aggravanti e i reati autonomi e per l'assenza di **criteri guida per la comparazione** delle circostanze
     - l'estensione del giudizio di bilanciamento avrebbe dovuto avere carattere **provvisorio e temporaneo** in attesa di una *riforma* che investisse il settore del diritto penale speciale, attraverso un *ripensamento dei limiti edittali*
  b) in relazione alle **circostanze ad effetto speciale** (in cui è prevista una pena di specie diversa rispetto a quella ordinaria o determinata in misura indipendente) rischio di vedere vanificata la **valutazione legislativa** relativa all'aumento di pena di una circostanza aggravante speciale, a cui si sostituisce una valutazione discrezionale del giudice, che opti per dichiarare la prevalenza o l'equivalenza di circostanze attenuanti di minor rilevanza

LE CIRCOSTANZE BLINDATE

- circostanze a cui è riconosciuto un particolare privilegio nel giudizio di bilanciamento in caso di concorso di circostanze eterogenee

- la blindatura del giudizio di bilanciamento può avere 2 CONTENUTI alternativi:
  1) **A BASE TOTALE**:
     si verifica l'esclusione della dichiarazione di prevalenza o di equivalenza delle circostanze attenuanti
  2) **A BASE PARZIALE**:
     viene preclusa al giudice la sola dichiarazione di prevalenza delle circostanze attenuanti, rimanendo impregiudicata la possibilità che le stesse siano valutate da equivalenti, con la conseguenza della vanificazione dell'aumento di pena riconnesso alla contestazione dell'aggravante
- sono previste nella maggior parte delle ipotesi della parte speciale del codice penale
- PROBLEMI INTERPRETATIVI:
  a) nel caso delle *ipotesi a base totale*, ci si è interrogati sulla possibilità o meno di una *residua applicazione* delle diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti
  b) nell'*ipotesi parziale* ci si è domandati il fondamento del privilegio nell'applicazione della circostanza aggravante
  - la corte costituzionale ha tentato di dare una soluzione con le sentenze del 1985 e del 2007 incentrate sulla nozione di ***facoltatività***: in un caso relativa alla possibilità o meno per il giudice di procedere al giudizio di bilanciamento, e nell'altro relativa al profilo della stessa contestazione dell'aggravante della recidiva reiterata

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

→ RAGIONAMENTO DELLA CORTE:

- punto di partenza per comprendere l'operatività del meccanismo di blindatura *a base totale*: esame della **circostanza aggravante della finalità terrorismo ed eversione**
  - non prevede la possibilità che operino diminuzioni di pena sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente all'aggravante
  - secondo una rigida interpretazione doveva ad ogni modo essere dichiarata la soccombenza delle circostanze attenuanti; secondo altri era possibile l'applicazione della diminuzione di pena relative alle circostanze attenuanti
- la corte nell'85 sostiene la 2° tesi, **non escludendo** la possibilità che le circostanze **attenuanti siano applicate,** MA pone il giudice di fronte un'ALTERNATIVA:
  a) procedere alla **valutazione comparativa** il cui esito però è vincolato alla dichiarazione di prevalenza delle circostanze aggravanti
  b) **non effettuare il giudizio di bilanciamento**, applicando congiuntamente gli aumenti e le diminuzioni di pena
  - giudizio di bilanciamento **non** più **obbligatorio**, ma FACOLTATIVO

LA CIRCOSTANZA BLINDATA DELLA MINORE ETA'

- è l'unica circostanza attenuante blindata
- **NB non** ha un'**efficacia generale**, ma il *privilegio* opera SOLO QUANDO l'attenuante concorra con:
  a) aggravanti che comportano la **pena dell'ergastolo**
  b) circostanze che accedano a un reato che prevede nella forma base la pena dell'ergastolo
- DERIVAZIONE: non da una particolare disposizione di legge, ma si deve a una **pronuncia della corte costituzionale** del '94

SENT. COST 140/1993

- QUESITO: questione di legittimità costituzionale dell'art. 69.4 in relazione alla possibilità che al ***minore fosse applicabile la pena dell'ergastolo***, nel caso di concorso tra l'attenuante dell'art. 98 minore età) e una circostanza aggravante, che prevede l'applicazione della pena dell'ergastolo
  - nel CASO DI SPECIE: la questione era stata sollevata al fine di consentire al minore di usufruire dei benefici del rito alternativo del giudizio abbreviato (possibilità che si sarebbe potuta realizzare SOLO con un **intervento legislativo** sulla normativa processuale)
- sentenza di INAMISSIBILITA':
  - MOTIVI: il quesito alla base dell'ordinanza non poteva essere risolto con una dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 69.4 cp, ma solo con l'intervento legislativo
- PROFILI DI ILLEGITTIMITA':
  1) **contrasto con artt. 2:**
     tra i doveri della repubblica anche quello di SALVAGUARDARE I MINORI*:*
  2) **contrasto con art. 3**
     l'estensione a seguito della riforma del '74 del giudizio di bilanciamento alle circostanze inerenti alla persona del colpevole creava una DISPARITA' DI TRATTAMENTO TRA:
     a) coloro che imputati di un reato per cui è prevista già *ex lege* la pena dell'ergastolo si sarebbero potuti giovare della regola fissata dall'art. 65.2 (applicazione della pena della reclusione da 20 a 24 anni)
     b) coloro a cui verrebbe applicata la pena dell'ergastolo nel caso in cui la diminuzione della reclusione fosse dichiarata soccombente nel giudizio di bilanciamento con una circostanza aggravante

     (cioè tra il minore che commettesse un reato per il quale viene previsto ex lege l'ergastolo, e il minore che commettesse un altro reato per il quale è previsto l'ergastolo come aggravante)
  3) **contrasto con art. 27.3 cost:**
     violazione della FUNZIONE RIEDUCATIVA della pena, che nel settore del diritto penale minorile presenta connotazioni peculiari rispetto al sistema penale ordinario

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

SENT. COST 168/1994

└prende espressamente posizione sui limiti di compatibilità dell'art. 69.4 con la posizione del minore

- DICHIARAZIONE ILLEGITTIMITA':
  a) degli artt. 17 e 22 cp nella parte in cui non escludono l'applicabilità al minore della pena dell'ergastolo
  b) dell'art. 69.4 cp nella in cui prevede l'applicabilità del c.1 dell'art.69 in caso di concorso tra l'art. 98 cp e una o più aggravanti che comportino la pena dell'ergastolo
  c) dell'art. 69.1,3 cp nel caso di concorso tra l'attenuante della minore età e una o più aggravanti, relative ad una fattispecie di reato per cui è prevista la pena base dell'ergastolo

→ la circostanza aggravante per cui è prevista la pena dell'ergastolo non potrà **MAI** essere dichiarata **prevalente**, ma al più **equivalente all'attenuante** ex art. 98 cp

└non si tratta di un'esclusione nella sua totalità degli esiti del giudizio di bilanciamento (a base parziale): si garantisce il riconoscimento della **diminuzione di pena**, residuando solo la possibilità della dichiarazione di **equivalenza** e della conseguente applicazione della **pena del reato base**

→ nell'ipotesi in cui l'ergastolo è previsto come pena base, la corte non consente che le circostanze aggravanti possano essere ritenute né prevalenti né equivalenti con l'attenuante dell'art. 98, a garanzia del riconoscimento della minore età

- IN CONCLUSIONE:
  la corte non ha inteso escludere in ogni caso la diminuente dell'art. 98 cp dal giudizio di bilanciamento, ma si è limitata a stabilire che debba essere **GARANTITA LA DIMINUZIONE DELLA PENA** nel caso in cui si verifichi un *concorso con circostanze che prevedono direttamente la pena dell'ergastolo*

  └la sentenza si inserisce così nel solco dell'interpretazione prevalente che riconosce alla minore età (art. 98 cp) la natura di circostanza *in senso tecnico*, che deve rientrare a seguito della riforma del '74, nel giudizio di bilanciamento

LE CIRCOSTANZE ATTENUANTI GENERICHE

└sono attenuanti ***indefinite***

art. 63-*bis* cp: "*Il giudice, indipendentemente dalle circostanze previste nell'articolo 62, può prendere in considerazione altre circostanze diverse, qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena. Esse sono considerate in ogni caso, ai fini dell'applicazione di questo capo, come una sola circostanza, la quale può anche concorrere con una o più delle circostanze indicate nel predetto articolo 62.*"

- sono **elementi** ≠ da quelli che fondano le circostanze espressamente previste dal legislatore

  └**NB** ad ogni modo sono considerate come UNA SOLA CIRCOSTANZA, che può anche concorrere con una o più circostanze indicate all'art. 62

- la DISCREZIONALITA' del giudice, in questo caso in particolare, riveste un ruolo di primo piano

  └ finalizzata al migliore adeguamento della pena alla limitata gravità del reato, in modo da **mitigare** il trattamento sanzionatorio

- RIFORME volte a **limitare tale discrezionalità** del giudice:
  1) **LEGGE EX CIRIELLI:**
     introdotte delle limitazioni al riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche per alcune ipotesi di **recidiva reiterata**

     art. 62-*bis*.2: "*Ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto dei criteri di cui all'articolo 133, primo comma, numero 3), e secondo comma, nei casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, in relazione ai delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni*"
  2) **DL 92/2008**:
     introdotto un ultimo comma all'art. 62-*bis*

     art. 62-*bis*.3: "*In ogni caso, l'assenza di precedenti condanne per altri reati a carico del condannato non può essere, per ciò solo, posta a fondamento della concessione delle circostanze di cui al primo comma*"

- **NB** la corte costituzionale con la sent. 183/2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di un articolo della legge *ex Cirielli*, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del 1° comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA RECIDIVA

└istituto che rientra ex art. 70 uc tra le circostanze inerenti la persona del colpevole e si caratterizza per la **previsione di un aumento di pena** nel caso in cui un soggetto, dopo essere stato **condannato** per un reato, ne commetta **un altro**

art. 99 cp **La recidiva**:

"Chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro, può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo.
La pena può essere aumentata fino alla metà:
1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;
2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;
3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena.
Qualora concorrano più circostanze fra quelle indicate al secondo comma, l'aumento di pena è della metà.
Se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi.
Se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva [è obbligatorio e], nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto.
In nessun caso l'aumento di pena per effetto della recidiva può superare il cumulo delle pene risultante dalle condanne precedenti alla commissione del nuovo delitto non colposo"

- è stata oggetto di una profonda RIFORMA con la l. 251/2005 (ex Cirielli)
- TIPOLOGIE di recidiva:

a) recidiva **SEMPLICE:**
ai sensi del c.1, chi dopo essere stato **condannato per un delitto non colposo**, ne commette un altro può essere sottoposto a un aumento di un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo
└diversamente dalla disciplina originaria, con la riforma del 2005:
- la recidiva è possibile SOLO per i **delitti dolosi** (con l'esclusione delle contravvenzioni e dei delitti colposi)
- l'aumento della pena è individuato nella **misura fissa di 1/3**

b) recidiva **AGGRAVATA:**
il c.2 disciplina le **diverse forme** di recidiva aggravata, in cui la pena può essere **aumentata fino alla metà** (prima della riforma era fino a 1/3)
├recidiva SPECIFICA: se il nuovo delitto non colposo è della **stessa indole** (cioè viola una stessa disposizione di legge o presenta, nel caso concreto, caratteri fondamentali comuni, pur contenuto in una disposizione diversa)
├recidiva INFRAQUINQUENNALE: quando il nuovo delitto non colposo è stato commesso **nei cinque anni dalla condotta precedente**
└recidiva ESECUTIVA e del LATITANTE: quando il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, o durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena

c) recidiva **REITERATA**:
il c.4 prevede che se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di recidiva semplice è della **metà**, e nei casi di recidiva aggravata è di **2/3**
└il c.5 prevede un'ipotesi di recidiva **reiterata SPECIALE**, individuata attraverso un rinvio al catalogo dei reati per cui è previsto un termine più ampio di durata dei termini di custodia cautelare (art. 407.2): *l'aumento per la recidiva è obbligatorio non può essere inferiore a 1/3 della pena da infliggere*
parte che è stata oggetto di dichiarazione di illegittimità costituzionale nel 2015, in quanto dispone l'applicazione obbligatoria della recidiva per i delitti indicati all'art. 407.2etc, sulla base di una **presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza** o di **maggiore pericolosità** del reo, legata al compimento del nuovo reato

- **NB** in NESSUN caso l'aumento della pena per effetto della recidiva può SUPERARE il **cumulo delle pene** risultante dalle condanne precedenti

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- NATURA GIURIDICA della recidiva:
  espressamente qualificata dall'art. 70 cp quale **circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole**
  - è sempre stata contestata tale natura *circostanziale* affermando che era difficile concepire quale circostanza uno ***status personale***, fondato su una precedente condanna per un altro reato
  - per alcuni autori è considerata un **indice di commisurazione della pena** ex art. 133 cp in merito alla valutazione della gravità del reato
  - **NB** posizioni che sono contestate dalla giurisprudenza prevalente che invece la reputa a tutti gli effetti una circostanza aggravante e rispetto alla quale viene ammesso il giudizio di bilanciamento

EFFETTI DELLA RECIDIVA

1) **AUMENTO QUANTITATIVO** della pena
2) limitazioni al **GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO**
3) limitazioni al riconoscimento delle **circostanze ATTENUANTI GENERICHE**
4) *ulteriori effetti* in ordine all'**applicazione di determinate CAUSE DI ESTINZIONE**

LIMITAZIONI AL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO

- nella versione del 1930 la recidiva ERA ESCLUSA dal giudizio di bilanciamento
  - solo con la riforma del '74 tale circostanza ho potuto essere oggetto di una valutazione comparativa da parte del giudice nel caso di concorso eterogeneo
- a seguito della riforma del 2005 è previsto un **MECCANISMO DI BLINDATURA** del giudizio di bilanciamento, che presenta un *profilo peculiare*:
  - è un'ipotesi di circostanza blindata **a base PARZIALE**: *preclusa* al giudice la sola possibilità di dichiarare la **prevalenza delle circostanze attenuanti** concorrenti con l'aggravante della recidiva reiterata (art. 99.4), residuando la possibilità che le attenuanti vengano ritenute **equivalenti**
- CRITICHE al meccanismo introdotto all'art. 69.4:
  - volto ad inasprire il trattamento sanzionatorio per i recidivi reiterati (art. 99.4)

  a) la previsione di un ***automatismo sanzionatorio*** fondato su una **presunzione di pericolosità** del recidivo reiterato
  b) anche in caso di **fatto di *lieve entità*** (punito da 1 a 6 anni in virtù della circostanza attenuante contenuta in un T.U. del 1990) il soggetto, già recidivo prenderà comunque dai 6 ai 20 anni di reclusione (pena più elevata prevista per l'ipotesi base), sproporzionata rispetto alle reali modalità offensive del reato

→ INTERVENTO DELLA CORTE costituzionale nel 2007:

- i giudici di merito avevano evidenziato i profili di illegittimità costituzionale dell'art. 69.4 per la violazione:
  a) del principio di ragionevolezza
  b) del principio di personalità della responsabilità penale
  c) del principio di rieducazione della pena

  …nella parte in cui, vincolando parzialmente gli esiti del giudizio di bilanciamento, ha limitato il potere discrezionale del giudice di adeguare la pena al caso concreto
- la corte ha offerto un'**INTERPRETAZIONE CORRETTIVA**, dichiarando inammissibili le questioni e facendo ricorso alla nozione di **FACOLTATIVITA'**
  - **NB** è stato specificato che ***non investe il giudizio di bilanciamento, ma la contestazione stessa della circostanza aggravante della recidiva***

  la riforma del 2005 prevedeva infatti un aumento obbligatorio di pena per la recidiva reiterata, NON incidendo sulla facoltà del giudice di applicarlo o meno
- CONCLUSIONE: il giudice procederà nell'applicazione dell'aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo nel caso in cui ritenga che sia ***concretamente significativo*** per la maggiore colpevolezza o pericolosità sociale del reo
  - → nel caso in cui la recidiva reiterata sia considerata effettivamente **idonea** ad influire sul trattamento sanzionatorio del fatto, il giudice dovrà procedere al **bilanciamento parzialmente vincolato**
  - → nel caso in cui la recidiva reiterata sia **inidonea** saranno applicate solo le diminuzioni di pena
- questo orientamento è stato poi più volte confermato dalla giurisprudenza di legittimità

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

DISTINZIONE TRA REATO CIRCOSTANZIATO E REATO AUTONOMO

NB importante distinguerli in relazione alle significative conseguenze sul piano della disciplina

- **DIFFERENZE DI DISCIPLINA**:

1) REGIME DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA degli elementi:
   a) costitutivi della fattispecie sono imputati **di regola a titolo di dolo**, salvo precisa previsione
   b) gli elementi circostanziali sono imputati **indifferentemente** a titolo di dolo o colpa
2) PROCEDURA DI VALUTAZIONE COMPARATIVA:
   la compresenza di circostanze attenuanti e aggravanti comporta l'applicazione del giudizio di bilanciamento ex art. 69 cp (salvo le ipotesi di circostanze blindate)
3) INCIDENZA SUL *TEMPUS* E *LOCUS COMMISSI DELICTI*:
   ai fini dell'individuazione del **momento consumativo** del reato le circostanze **non incidono** su *tempus* e *locus*
4) DISCIPLINA DEL DELITTO TENTATO:
   a) in caso di reato autonomo la configurabilità del tentativo non è in linea di principio messa in discussione
   b) in caso di reati circostanziato tale configurabilità *non è così scontata*:
      - non sorgono problemi in relazione al c.d. ***tentativo circostanziato di delitto***: quando pur non essendosi il delitto perfezionato, la circostanza non si è concretamente realizzata, ma tutti gli atti compiuti dall'agente erano idonei e diretti in modo non equivoco a commettere il delitto
      - il ***tentativo di un delitto circostanziato*** non è invece possibile configurarlo ex art. 56 cp che incrimina espressamente solo il tentativo di delitto (principio di legalità)
5) in tema di PRESCRIZIONE:
   la qualificazione di un elemento costitutivo o circostanziale incide sul computo del tempo necessario alla prescrizione ex art. 157.2 cp
6) DISCIPLINA DEGLI EFFETTI DEL CONCORSO DI PERSONE
7) DISCIPLINA DELLA DEPENALIZZAZIONE

CRITERI PER DISTINGUERE GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DAGLI ELEMENTI CIRCOSTANZIALI

NB NON ci sono elementi **ontologicamente circostanziali o costitutivi** in ragione delle loro **caratteristiche strutturali**
- non c'è un criterio normativo in base al quale possa essere stabilito con certezza quando ci si trovi in presenza di un reato o di un vero e proprio elemento costitutivo

- CRITERIO DI **SPECIALITA'**:
  se ci si trova di fronte a 2 fattispecie che sono legate da un rapporto di ***incompatibilità-alternatività***, non vi è un rapporto di genere-specie, si tratta di un **reato autonomo** e non di una circostanza
  - opera solo come *criterio decisivo* ai fini della **distinzione tra reato autonomo e circostanza** solo in NEGATIVO, dal momento che non è sufficiente ad individuare un'ipotesi circostanziale
    - occorrono altri CRITERI SUPPLETIVI il cui valore è meramente indiziario
- CRITERI **FORMALI** e **STRUTTURALI**:
  a) criterio **letterale**: indicazioni ricavabili dal testo di legge
     - quando il legislatore esplicitamente qualifica un fatto come circostanza (anche nella rubrica) o usa generiche espressioni come *la pena è diminuita/aumentata,* facendo poi un rinvio agli artt. 64 e 65 cp
  b) tecnica di **formulazione del precetto**: quando la fattispecie è descritta attraverso un mero rinvio al reato tipizzato in altra disposizione di legge, ci si trova in presenza di una circostanza
     - **NB** però si replica al contrario che ci sono casi di reati autonomi descritti *per relationem* (es corruzione in atti giudiziari)
  c) tecnica di **determinazione della pena:** se riferimento a un'altra norma con variazione frazionaria o modificazione della cornice edittale
     - anche questo criterio non è molto indicativo
  d) criterio **topografico**: si tratta di una circostanza quando l'ipotesi sia collocata nella stessa norma ed a un reato autonomo nel caso opposto
     - è un criterio *poco probatorio* dal momento che ci possono essere sia circostanze collocate in norme autonome rispetto alla figura di cui sono elemento accessorio, sia norme al cui interno sono previste diverse fattispecie autonome di reato

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– CRITERIO **TELEOLOGICO**:
quando la fattispecie penale tutela un bene giuridico diverso rispetto a quello della fattispecie di riferimento, saremmo di fronte a un'autonoma figura di reato e non a una circostanza aggravante

REATI AGGRAVATI DALL'EVENTO

└delitti che subiscono un **aumento della pena** quando si verifica un **ulteriore evento dannoso o pericoloso**, oltre a quello che è richiesto per la loro esistenza

– TIPOLOGIE:

1) **EVENTO VOLUTO**:
costituisce la realizzazione dello scopo oggetto del **dolo specifico** del reato base
2) **E' INDIFFERENTE** che l'evento aggravatore sia voluto o non voluto:
anche quando sia richiesta l'effettiva volizione dell'evento, essa non produce conseguenze penalmente rilevanti
♦calunnia, in cui è previsto un aumento della pena se dalla condotta deriva la condanna del soggetto calunniato
3) **EVENTO NON VOLUTO**:
se altrimenti fosse voluto troverebbe applicazione la corrispondente ipotesi dolosa
♦morte o lesione derivate dalla condotta di maltrattamenti

└**NB** tale ipotesi pone 2 ordini di PROBLEMI:

a) NATURA GIURIDICA (dottrina divisa):
- **reati autonomi preterintenzionali:** l'evento aggravatore diventa elemento costitutivo di un autonomo reato e viene imputato a titolo di colpa *in concreto*
- **reati circostanziati**: tesi sostenuta dalla maggioranza della dottrina
  └**NB** la riflessione sull'imputazione dell'evento, la modifica dell'art. 59 cp che porta quantomeno a chiedere il titolo di **colpa**, porta ad affermare che non sussistono fondamentali differenze tra le 2 interpretazioni

b) EFFETTI DEL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO:
└ne sarebbe oggetto l'evento aggravatore se lo si considera come circostanza aggravante
si corre il rischio di vedere **vanificata la disciplina legislativa** in merito alla particolare gravità di alcuni eventi, a cui si sostituisce la **valutazione discrezionale** del giudice

→ la maggior parte della dottrina riconosce **NATURA CIRCOSTANZIALE** ai delitti aggravati dall'evento, ma si confida che i giudici non dichiarino, *se non eccezionalmente*, l'equivalenza o la soccombenza di tali eventi aggravatori

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

DELITTO TENTATO

art. 56 cp **Delitto tentato**:

"Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica.

Il colpevole del delitto tentato è punito: con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso.

Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà"

CONSUMAZIONE E TENTATIVO

- REATO **CONSUMATO**:
  reato perfetto in tutti i suoi elementi soggettivi e oggettivi, la fattispecie concreta corrisponde a quella astratta
  l'agente porta a termine l'*iter criminis*, realizzando tutti gli elementi costitutivi della norma incriminatrice
- INDIVIDUAZIONE del MOMENTO CONSUMATIVO:
  varia a seconda delle diverse categorie di reati:
  a) **reati ad evento naturalistico** si consumano nel momento nel quale si realizza l'evento stesso
  b) **reati di mera condotta istantanei** … quando si esaurisce la condotta tipica, cioè quando l'agente compie l'ultimo atto che la realizza
     ♦ nel furto non basta la sottrazione ma anche l'impossessamento
  c) **reati permanenti** … quando cessa la condotta criminosa descritta dalla fattispecie
     ♦ delitto di sequestro di persona, già perfetto al momento in cui inizia la limitazione della libertà della persona, si consuma quando questa riacquista la libertà
  d) **reati abituali** … con il compimento dell'ultimo atto che, unitariamente considerato con quelli che precedono, qualifica come criminoso il comportamento dell'agente
- REATO **TENTATO**:
  lo svolgimento dell'attività criminosa non giunge a compimento
  pur in assenza di realizzazione di tutti gli elementi descritti nella fattispecie, l'ordinamento reagisce con una sanzione

LA PUNIBILITA' DEL TENTATIVO

NB nel nostro ordinamento la punibilità del tentativo è estesa a tutte le fattispecie criminose

- SANZIONE:
  pena significativamente ridotta rispetto alla corrispettiva ipotesi consumata
  1) l'ergastolo è sostituito con la reclusione non inferiore a 12 anni
  2) le altre pene sono ridotte da 1/3 alla metà

  in ossequio all'idea di un *diritto penale del fatto*, l'ordinamento tiene conto del **minor disvalore** del delitto tentato sotto il profilo della *lesione del bene tutelato*
  tale soluzione non sempre è stata *pacifica*: la scuola positiva considerando quale parametro di commisurazione della sanzione, non la gravità del fatto ma la pericolosità dell'autore, proponevano le medesime pene
- FONDAMENTO:
  ragione di giustizia dal momento che il fatto, anche se non consumato, è *rilevante*
  1) sotto il profilo oggettivo: la vittima ha corso comunque un grave pericolo
  2) sotto il profilo soggettivo: il colpevole manifesta una certa capacità criminale
- FONDAMENTO NORMATIVO:
  combinato disposto tra art. 56 cp e le singole fattispecie incriminatrici, che dà vita ad una **nuova fattispecie**
  fine: garantire il rispetto del principio di legalità che legittimi l'inflizione di una pena anche a chi non abbia realizzato l'evento
  NB la nuova fattispecie penale NON costituisce una *mera circostanza attenuante*, ma un'ipotesi di reato dotata di **propria autonomia**

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

INIZIO DELL'ATTIVITA' PUNIBILE

└momento dal quale è legittimo e doveroso punire il colpevole per un fatto che non sia giunto a compimento

– PROSPETTIVA:
  trovare un ragionevole punto di EQUILIBRIO tra:
  a) le esigenze di **prevenzione generale,** che porterebbero ad anticipare al massimo l'individuazione dell'inizio dell'attività punibile
  b) il rischio di violare il principio di offensività, sanzionando condotte che non hanno arrecato un pregiudizio reale al bene meritevole di tutela (neppure sotto il profilo dell'esposizione al pericolo)
  └ il codice Rocco volle prendere nettamente le distanze, in senso *repressivo*, dalle precedenti *opzioni liberali* del codice Zanardelli
– CODICE ZANARDELLI del 1889:
  distingueva tra:
  - **atti esecutivi**, con i quali l'autore inizia a tenere la condotta tipica, descritta dalla fattispecie incriminatrice
  - **atti preparatori,** precedenti l'inizio dell'esecuzione
  ├ era previsto che fosse punito a titolo di tentativo solo colui che cominciasse, con mezzi idonei, l'esecuzione di un delitto (irrilevanza degli atti preparatori e posticipazione attività punibile)
  └ riduceva notevolmente il rischio di sanzionare fatti concretamente non offensivi
– CODICE ROCCO:
  supera la distinzione di atti e prevede che sia punibile il compimento di ***atti idonei, diretti in modo non equivoco***
  └anticipa significativamente la soglia di punibilità

♦ nel 1925 **Tito Zaniboni** prese in affitto una stanza di fronte al balcone di palazzo Chigi con l'**intenzione di uccidere Mussolini**, ma poche ore prima del discorso di Mussolini, Zaniboni venne arrestato mentre saliva le scale per entrare nella stanza; nel corso del processo quest'ultimo ammise la sua intenzione, ma alla stregua della disciplina del codice Zanardelli egli non avrebbe potuto essere responsabile di tentativo, dal momento che ancora non aveva compiuto alcun atto esecutivo del delitto di omicidio (alla fine venne condannato comunque a 26 anni di carcare per via dell'applicazione retroattiva di una legge speciale che puniva con pene severissime il compimento di fatti contro la vita del Capo di Stato)
  └ tale vicenda ha indotto la modifica della disciplina in materia di tentativo

GLI ELEMENTI OGGETTIVI DEL TENTATIVO

1) REQUISITO NEGATIVO:
   si risponde a titolo di delitto tentato solo se non si verifica la consumazione del reato
   └ *se la condotta non si compie o l'evento non si verifica*
2) TENTATIVO:
   NB deve consistere in atti: 1) idonei 2) diretti in modo non equivoco
   └si distingue tra:
   a) **tentativo compiuto**:
      l'agente porta a termine la condotta tipica descritta dalla fattispecie, ma l'evento non si verifica
      └presuppone una fattispecie ad evento naturalistico, dove la condotta si è esaurita
   b) **tentativo incompiuto:**
      la condotta non giunge a compimento
      └ ipotesi compatibile sia con i reati di mera condotta che ad evento naturalistico
   └tale distinzione ha in realtà perso il suo interesse pratico, perché l'art. 56 cp prevede le medesime pene per entrambe le ipotesi (a differenza del codice Zanardelli)

IDONEITA' DEGLI ATTI

└l'atto è idoneo quando è **probabile** che, nell'**ordinario svolgimento dei fatti e nel loro concatenarsi**, porti alla **consumazione** del delitto

– è il 1° dei 2 requisiti per capire quando inizi l'attività punibile nel sistema vigente
– finisce per coincidere con la **pericolosità oggettiva** degli atti stessi

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- AMBIGUITA' del concetto di ***PROBABILITA'***:
  1) la percentuale statistica che da un certo atto derivi la realizzazione dell'evento può essere di **difficile valutazione**
  2) ci si domanda se **percentuali basse** possano portare a ritenere integrato il requisito dell'idoneità degli atti
     - la risposta è *negativa*: una minima possibilità di ledere il bene non può integrare la concreta messa in pericolo dell'interesse tutelato, che giustifica la punibilità del tentativo

  NB la più recente giurisprudenza di legittimità tende a **sostituire** il concetto quello di ***POSSIBILITA'***: non più riferimento a un *criterio probabilistico* di realizzazione dell'intento delittuoso, ma in relazione alla *possibilità* che alla condotta consegua lo scopo che l'agente si propone
- PUNTO DI OSSERVAZIONE nel quale porsi per valutare l'idoneità degli atti:
  il giudice dovrà operare una c.d. **PROGNOSI POSTUMA**, collocarsi idealmente al momento nel quale la condotta viene tenuta per domandarsi se **valutati *ex ante***, gli atti compiuti potevano portare alla consumazione del delitto
  - qualsiasi valutazione *ex post* porterebbe sempre ad escludere l'idoneità dell'atto
- BASE DEL GIUDIZIO:
  la dottrina è divisa, e offre 2 soluzioni:
  a) base **PARZIALE**:
     il giudice deve prendere in considerazione solo le **circostanze del fatto conosciute o conoscibili dal reo** (o da un osservatore esterno)
     ♦ revolver della pistola che non funziona e i meccanismi del grilletto si inceppano
  b) base **TOTALE:**
     il giudice tiene conto anche di quelle evenienze del fatto che, seppur **previe, non erano conoscibili** dal reo o da un terzo estraneo, e sono state **scoperte in seguito**
     - **NB** in caso di inesistenza assoluta , *in rerum natura*, dell'oggetto materiale della condotta, ex art. 49.2 è previsto che l'agente non sia punibile trattandosi di un caso di reato impossibile per l'inesistenza dell'oggetto materiale della condotta (al più potrà essere sottoposto a una misura di sicurezza)

→ al di fuori di quest'ultimo caso il giudice deve DISTINGUERE:
  a) le situazioni nelle quali il bene tutelato non ha corso il minimo pericolo (la pistola non spara perché scarica)
  b) le situazioni in cui la circostanza scoperta in seguito renda solo *accidentalmente* non realizzabile l'evento (la pistola non spara perché priva della corretta manutenzione)

DIREZIONE NON EQUIVOCA

- gli atti devono poter far comprendere di essere indirizzati al compimento di **una, e una sola, specifica ed individuabile, fattispecie incriminatrice**

– PROBLEMA: comprendere quali circostanze concrete possano rendere quel comportamento effettivamente univoco, con riferimento a una e una soltanto delle diverse ipotesi criminose indicate

→ l'accertamento di questo 2° requisito è più problematico, e in dottrina si sono proposte 2 tesi

– **TEORIA SOGGETTIVA** (base lavori preparatori del codice):
  l'atto è inequivoco quando vi sia la prova dell'INTENZIONE CRIMINOSA dell'agente, desunta:
  a) dalla **confessione** del colpevole
  b) da una verosimile **chiamata in correità** di un complice
  c) da **esplicite intercettazioni** telefoniche

  CRITICHE:
  1) **confonde** un elemento **oggettivo** della struttura del delitto tentato con la prova del dolo, che rileva sul piano **soggettivo**
  2) dovendo essere sempre data la **prova della volontà colpevole** di chi compie una fattispecie dolosa (come è il tentativo), si appiattirebbe il dettato dell'art. 56 cp
  3) **anticipazione indebita** dell'inizio dell'attività punibile, anche ad attività preparatorie molto distanti dall'inizio dell'esecuzione del reato

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- TEORIA **OGGETTIVA** (prevalente in dottrina)**:**
  gli atti sono inequivoci solo se di per sé, OGGETTIVAMENTE CONSIDERATI, sono in grado di rivelare l'intenzione criminosa del colpevole
  - QUESITI che lascia aperti:
    1) agli occhi di **chi** gli atti devono apparire oggettivamente inequivoci?
    2) da quando sarà **possibile intervenire** per modificare l'*iter criminis*?
  - la cassazione specifica che non bisogna attendere che il bene sia esposto ad un insensato e inaccettabile pericolo, ma, sulla base delle circostanze concrete, intervenire:
    - nel momento in cui l'atto abbia la **rilevante probabilità** di far conseguire l'obiettivo programmato
    - l'agente si trovi ad un punto di *non ritorno* dall'imminente e progettato delitto
  - ▶rilevano quindi non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come ***atti preparatori***, facciano fondatamente ritenere che l'agente abbia iniziato ad attuare il suo piano criminoso, e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del reo

- TESI sulla **DISTINZIONE TRA ATTI PREPARATORI ED ESECUTIVI** (minoritaria nella dottrina):
  gli atti inequivoci sono quelli ESECUTIVI; gli atti meramente preparatori sarebbero a pieno titolo irrilevanti penalmente (negando la prospettiva *innovativa* del codice del 1930)
  - FONDAMENTI:
    1) una **sentenza costituzionale del 1980** che ha esplicitamente dichiarato che SOLO gli atti esecutivi possono essere inequivoci *poiché soltanto dall'inizio di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso di provocare il risultato criminoso voluto dall'agente*
    2) l'art. 115 cp (evocato dalla corte) secondo il quale non sono punibili né l'accordo a commettere un reato né l'istigazione, pur se accolta, quando il reato stesso non è commesso
       - tale articolo, anche se dettato in materia di concorso di persone nel reato, si ritiene che detti un **principio generale** che impedisce di considerare punibile a titolo di tentativo ogni attività prodromica, che non raggiunga la soglia del tentativo (il compimento di un atto esecutivo)
  - questa *minoritaria impostazione* è stata proposta in vicende nelle quali mancava qualsiasi pericolo per i beni protetti dalle corrispondenti fattispecie incriminatrici

→ SOLUZIONE prospettata dalla **COMMISSIONE PISAPIA**:
considerando la difficoltà nell'individuare un ***corretto* e *definitivo* punto di bilanciamento**, tale progetto di riforma aveva proposto di ritenere integrato il requisito della non equivocità degli atti tutte le volte che, per l'inizio dell'esecuzione del reato, o in prossimità di essa, vi sia CONCRETA ESPOSIZIONE AL PERICOLO

L'ELEMENTO SOGGETTIVO NEL TENTATIVO

- **NB** UNICO TITOLO di imputazione soggettiva compatibile con il tentativo è il **DOLO**
  - RAGIONI:
    1) la **rubrica dell'art. 56 cp** esplicitamente parla di "DELITTO tentato"
       - alla stregua della regola generale sull'imputazione soggettiva ex art. 42 cp, dei delitti si risponde sempre e solo a titolo di dolo; la colpa o preterintenzione deve essere prevista dalla legge
       - in assenza di *un'esplicita previsione* in tal senso, la responsabilità per il delitto tentato colposo deve essere esclusa
    2) è **poco verosimile** la previsione di una responsabilità colposa quando l'*iter criminis* non giunga a compimento, dal momento che la direzione non equivoca degli atti, pur integrando un requisito di carattere oggettivo, pare **incompatibile con un atteggiamento meramente colposo**
- COMPATIBILITA' del delitto tentato con tutte le FORME DI DOLO (soprattutto con quello intenzionale):
  - TESI:
    1) alcuni autori ritengono che vi sia **SOSTANZIALE IDENTITA'**, dal pdv soggettivo, tra delitto **consumato** e **tentato** (tesi positiva)
       - nessun riferimento testuale introduce distinzioni
       - il dolo del delitto tentato deve quindi coincidere con quello del delitto consumato, anche sotto il profilo della **rilevanza del dolo eventuale**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) la giurisprudenza ritiene invece che dal pdv dell'imputazione soggettiva possano valere regole diverse, basandosi sulla piena autonomia rispetto alla corrispondente fattispecie (tesi negativa)

– influenza della DIREZIONE NON EQUIVOCA DEGLI ATTI sull'imputazione soggettiva:
  └nonostante sia un requisito che pacificamente viene ritenuto di natura oggettiva

a) se si ritiene che la non equivocità degli atti coincida con il compimento di atti esecutivi, in una prospettiva rigorosamente oggettiva, bisogna anche considerare il dolo eventuale

b) i sostenitori della *teoria negativa* ritengono invece che l'atto univoco sia l'atto voluto intenzionalmente
  ├univocamente diretto a commettere un omicidio potrebbe essere solo un atto anche soggettivamente finalizzato alla realizzazione del delitto (sorretto quindi da dolo intenzionale o diretto)
  ├atto inquivoco = atto soggettivamente finalizzato alla realizzazione del delitto
  └questa 2° tesi è preferibile in quanto anche il dettato normativo richiama la ***direzione*** degli atti, ponendo l'attenzione sullo scopo, poco compatibile con la mera accettazione del rischio del verificarsi di un evento, pur rappresentato nella mente del soggetto

→ l'attuale giurisprudenza tende ad ESCLUDERE la rilevanza del **dolo eventuale**
  └tende prelaltro a salvaguardare le esigenze di PREVENZIONE GENERALE attraverso

1) un **allargamento** della sfera di operatività del **dolo diretto**, facendovi rientrare comportamenti che non garantiscono la certezza della realizzazione dell'evento

2) distinguendo tra **dolo eventuale** (incompatibile con il tentativo) **e dolo alternativo**, che sarebbe una forma di dolo diretto, che si manifesta quando l'agente si rappresenta come certa la realizzazione di uno dei due eventi astrattamente possibili ed agisce nella consapevolezza di ledere l'uno o l'altro dei due beni tutelati

– PROVA DEL DOLO:
  ├**NB** particolarmente problematica nel caso in cui si tratti di distinguere se, a seguito di un'aggressione, si debba ritenere consumato il delitto di lesioni personali dolose o se l'agente vada punito più gravemente a titolo di tentato omicidio (solo l'accertamento della reale intenzione del reo consente di risolvere la questione)
  └la cassazione ha stabilito CRITERI che permettano attraverso il ricorso a fondate **massime di esperienza** di ricostruire la reale intenzione dell'agente (es considerazione dell'arma, del numero di colpi inferti, zone del corpo..)

LA COMPATIBILITA' DEL TENTATIVO CON LE DIVERSE FATTISPECIE DI REATO

├**NB** il nostro ordinamento punisce solo il tentativo di delitto (esclusione dei delitti colposi e le contravvenzioni)
└la compatibilità del tentativo è subordinata alla descrizione nella fattispecie incriminatrice:
  - o di una condotta delittuosa suscettibile di interruzione
  - o alla presenza di un evento naturalistico

– **DELITTI OMISSIVI IMPROPRI**:
la configurabilità del tentativo è in astratto AMMESSA: colui che in astratto è gravato da un obbligo giuridico, pur potendo agire, non si attivi per impedire il realizzarsi di un evento, ne risponderà a titolo di tentativo a partire dal momento nel quale **ha violato l'obbligo di agire**, qualora **l'evento venga evitato**

a) dall'intervento di una terza persona
b) da altri fattori indipendenti dalla sua volontà

♦ infermiere che dolosamente si astiene dall'intervenire per salvare la vita del paziente, perché vuole causargli la morte

– **DELITTI OMISSIVI PROPRI**:
la dottrina è divisa sulla possibilità di integrare il tentativo di una fattispecie omissiva di mera condotta, che si consuma con la violazione dell'obbligo di agire:

a) una tesi più tradizionale tende ad ESCLUDERE questa possibilità:
il reato omissivo prevede sempre un **termine**, prima dello spirare del quale, sarebbe sempre possibile che il soggetto tenga la condotta omessa (non si potrebbe ancora parlare di tentativo), dopo lo scadere del quale, il delitto sarebbe consumato

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) altri autori AMMETTONO che sia possibile tale possibilità:
anche se non ancora spirato il termine per adempiere, se il soggetto gravato dall'obbligo ha tenuto una condotta idonea e diretta in modo non equivoco a porsi nell'impossibilità di adempiere
- questa soluzione è proponibile solo quando la fattispecie omissiva propria descrive un **termine temporale di durata**
- nei casi in cui invece il termine è implicito/*"immediatamente"*, e coincide con il primo momento utile dopo il realizzarsi della situazione tipica descritta dalla fattispecie, difficile immaginare un'interruzione dell'*iter criminis*, tale da rendere il fatto punibile a titolo di tentativo

– **REATI DI PERICOLO**:
la compatibilità è oggetto di molteplici discussioni dovute al fatto che, secondo alcuni, essendo GIA' il delitto tentato una **fattispecie di pericolo**, non avrebbe senso punire il *"pericolo di un pericolo"*, perché si realizzerebbe un'**eccessiva anticipazione della tutela**
- SOLUZIONE: distinzione tra situazioni differenti:
  - nei reati di pericolo **astratto** non sembra legittimo alla luce del principio di offensività anticipare in maniera tanto rilevante la punibilità
  - nei reati di pericolo **concreto**, dove il pericolo è l'evento del delitto, caratterizzate da un *evento intermedio* non sembra ravvisarsi ostacoli di ordine strutturale (es incendio di cosa propria)

(questo discorso vale anche per le ipotesi solo apparentemente di pericolo astratto, che impone al giudice di verificare sempre nel caso concreto l'effettiva messa in pericolo del bene tutelato)

TENTATIVO E CIRCOSTANZE

NB QUESITO: le circostanze previste dalla legge per il delitto consumato si applicano anche alle ipotesi di tentativo?
- per rispondere bisogna DISTINGUERE:

A) **DELITTO TENTATO CIRCOSTANZIATO:**
- caso in cui ci siano circostanze che preesistono al compimento del fatto
- in questo caso, se l'agente risponde a titolo di tentativo, le circostanze **già presenti** al momento del fatto, produrranno effetto (aggravante o attenuante) sulla pena che in concreto il giudice infliggerà

B) **DELITTO CIRCOSTANZIATO TENTATO:**
- caso di circostanze che sarebbero venute in esistenza solo nell'ipotesi che il reato fosse giunto a compimento
- il rispetto del principio di legalità imporrebbe di non tenere conto della circostanza in quanto non si è ancora realizzata quando l'*iter criminis* si interrompe
- **NB** la giurisprudenza di legittimità tende ad applicare le circostanze attenuanti anche nelle ipotesi di delitto tentato circostanziato, in una prospettiva ispirata al principio del *favor rei*, suscitando reazioni in dottrina

DESITENZA E RECESSO ATTIVO

- casi in cui l'interruzione dell'*iter criminis* dipende da una **SCELTA VOLONTARIA** dell'agente, contemplati agli ultimi 2 commi dell'art. 56 cp

– DISCIPLINA generale:
prospettiva premiale, incentiva il reo ad interrompere la condotta criminosa, o ad eliminare gli effetti dannosi

DESISTENZA VOLONTARIA

- **CAUSA DI NON PUNIBILITA'** *in senso stretto*, motivata da ragioni di opportunità:

colui che intraprende la commissione di un reato e avendo già integrato la soglia degli atti idonei e diretti in modo non equivoco, desiste volontariamente dalla sua azione, è esente da pena

art. 56.3 cp: "Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sé un reato diverso."

– il colpevole arresta l'*iter criminis* quando ancora la condotta NON E' GIUNTA A TERMINE, cioè quando egli ha ancora un **DOMINIO sulla situazione** tale da poter impedire, se interrompe l'azione, che il delitto giunga a consumazione

– si tratta di una causa di non punibilità ***sopravvenuta*** del **SOLO delitto tentato**:
l'agente potrà essere chiamato a rispondere di quegli atti che, di per sé, abbiano già consumato di per sé una diversa fattispecie incriminatrice

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- VOLONTARIETA' della desistenza:
  ragionevole convinzione dell'agente di interrompersi, pur potendo proseguire nell'*iter criminis*, per evitare di esporsi a particolari pericoli
  - la desistenza *NON sarà volontaria* in presenza di **fattori di allarme o di rischio** che rendano *pericoloso* proseguire nell'azione delittuosa
  - **NB** l'ordinamento NON richiede alcun **pentimento morale**:
    la causa di non punibilità si applica anche se l'agente torna sui suoi passi solo perché reputa più conveniente commettere il delitto in un modo piuttosto che in un altro
  - NON coincide con la **spontaneità**, cioè il sorgere di un proposito al di fuori di qualsiasi sollecitazione esterna

RECESSO ATTIVO

CIRCOSTANZA ATTENUANTE che prevede una significativa riduzione della pena del delitto tentato per il soggetto che volontariamente impedisca l'evento

art. 56.4 cp: "*Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà*"

- **NB** a differenza di quanto avviene nella desistenza volontaria:
  - l'azione **ha esaurito i suoi effetti**
  - è **giunta a compimento**
  - l'agente **non ha più alcun dominio** diretto sulla situazione
- per quanto concerne la VOLONTARIETA' del comportamento valgono le stesse considerazioni svolte a proposito della desistenza volontaria
- **NB** la circostanza attenuante può essere applicata SOLO SE realmente **L'EVENTO NON SI VERIFICA**
  - non è sufficiente che il reo si attivi con ogni mezzo e forza per impedire l'evento
  - se l'evento viene evitato **anche grazie all'intervento di un 3°**, vi è recesso attivo quando l'agente abbia comunque **offerto un contributo decisivo** all'azione salvifica

CONFRONTO TRA DESISTENZA E RECESSO ATTIVO

- la DISTINZIONE a volte è difficile in concreto:
  casi (un po' di scuola) di dubbia individuazione la LINEA DI CONFINE relativa all'**esaurimento o meno della condotta**
- parte di dottrina mette IN DUBBIO la *coerenza* di un sistema che, con riferimento a **2 situazioni non dissimili**, in un caso prevede una **causa di non punibilità**, nell'altro solamente una **circostanza attenuante**
- GIUSTIFICAZIONE della distinzione:
  nell'ipotesi di recesso attivo il **pericolo corso** dall'interesse tutelato è **maggiore**
  - viene sottolineato come PERO' dal pdv del **danno** le ipotesi si equivalgono dal momento che anche nel recesso l'evento deve essere evitato

→ nel progetto di riforma della commissione **GROSSO** era stato ipotizzato di unificare le 2 ipotesi, prevedendo in entrambi i casi la NON PUNIBILITA' dell'agente che volontariamente interrompe l'*iter criminis* o impedisce il verificarsi dell'evento

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO DI PERSONE NEL REATO

NB anche il reato può essere la risultante della **COOPERAZIONE** di più persone, che prendono il nome di **concorrenti o compartecipi**

art. 110 cp: "*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.*"

- FORME DI CONCORSO DI REATO:

a) concorso **EVENTUALE**:
la pluralità dei concorrenti **NON** rappresenta un **elemento costitutivo** del reato, che può essere commesso da una sola persona

b) concorso **NECESSARIO**:
la pluralità degli autori **E'** un **elemento costitutivo** della fattispecie

→ per questo tradizionalmente il concorso di persone è considerato una FORMA DI MANIFESTAZIONE del reato, in quanto costituisce una forma possibile, ma perlopiù *non necessaria*, di manifestazione al bene

- **NOZIONE DI AUTORE**:
  - a) RESTRITTIVA**:**
    risponde del reato **solo chi realizza il fatto tipico** descritto nella fattispecie incriminatrice
  - b) ESTENSIVA:
    risponde del reato non solo chi tiene la condotta tipica descritta nella fattispecie, ma anche **tutti coloro che contribuiscono** (con un qualsiasi contributo) **alla sua realizzazione**
    - in un sistema fondato sul principio di legalità, non può essere accolta tale nozione di autore dal momento che porterebbe a un'**indebita applicazione** della fattispecie, a casi da essa non previsti
  - accolta la nozione restrittiva nel rispetto del principio di legalità

- **FUNZIONI** DELLE NORME sul concorso di persone (artt. 110ss):
  1) funzione di **INCRIMINAZIONE:**
     rendono penalmente rilevanti condotte che non lo sarebbero in forza della fattispecie monosoggettiva
  2) funzione di **DISCIPLINA**:
     alle condotte concorsuali sarà applicata la disciplina prevista per il concorso di persone nel reato
     - **NB** tale funzione diventa ESCLUSIVA nei casi in cui ognuno dei concorrenti tenga per intero la condotta tipica, perché la rilevanza penale è già data dalla fattispecie monosoggettiva
     - ♦ se tutti i concorrenti entrano in un'abitazione e si impossessano dei beni mobili altrui, ad affermare la loro responsabilità penale è sufficiente la norma dell'art. 624cp sul delitto di furto; ma qualora sussistano i requisiti del concorso di persone, sarà loro applicabile la relativa disciplina
  - ERGO: le norme sul concorso di persone svolgono SEMPRE una **funzione di disciplina**, e talvolta anche una **funzione di incriminazione**
    - più problematica sul piano delle garanzie, in quanto estende la responsabilità penale a condotte atipiche rispetto alla fattispecie monosoggettiva

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **MODELLI DI DISCIPLINA** dei vari sistemi penali:
  1) TIPIZZAZIONE DIFFERENZIATA:
     predeterminazione di **diverse cornici edittali** in relazione **all'importanza della tipologia di contributo** dei diversi contributi concorsuali
     - codice Zanardelli distingueva tra compartecipi primari (esecutore, cooperatore immediato, determinatore) e secondari, per i quali erano previste pene + basse
     - molto rispettoso del principio di legalità, ma difficoltà nella prassi applicativa e rischiava di lasciare fuori alcuni soggetti
  2) MODELLO UNITARIO:
     i diversi contributi concorsuali non sono descritti, ma considera **rilevante qualsiasi apporto** dato alla realizzazione del reato
     - il contributo concorsuale è tipizzato non su specifiche e differenziate modalità di partecipazione, ma sul **contributo causale** dato alla commissione del reato
     - è l'impostazione alla base codice Rocco, per via della volontà del legislatore fascista di intensificare gli strumenti di lotta alla criminalità
  - **NB** quello del codice Rocco NON è un MODELLO **PURO,** nel quale tutti i contributi concorsuali sono *equivalenti ed equiparati sul piano della risposta sanzionatoria*:
    ex art. 110 viene inflitta a tutti i concorrenti la pena stabilita per il reato commesso, ma *vengono fatte salve* le disposizioni riguardanti gli articoli seguenti che prevedono una serie di **circostanze aggravanti e attenuanti,** che permettano di considerare il diverso apporto dato dai vari concorrenti nella commissione del reato

→ il codice Rocco SPOSTA LA DIFFERENZIAZIONE dei contributi dalla sede della *tipizzazione legislativa* a quella della *commisurazione giudiziale della pena*
- il modello di disciplina è unitario sul piano della descrizione legale del contributo, ma è differenziato sul piano della commisurazione giudiziale della pena

FONDAMENTO DELLA PUNIBILITA' DEL CONTRIBUTO ATIPICO DI PARTECIPAZIONE

NB la dottrina si è posta il problema di **giustificare sul piano DOGMATICO** la punibilità dei contributi concorsuali atipici
- non deve però essere enfatizzata l'importanza della ricostruzione dogmatica dal momento che i PROBLEMI in merito alla disciplina del concorso di persone sono nell'*indeterminatezza* dell'art. 110 cp, che non fissa i criteri di tipizzazione del contributo concorsuale

1) **TEORIA DELL'ACCESSORIETA':**
   la punibilità del contributo atipico (***fatto accessorio***) si giustifica in quanto **accede** alla condotta dell'autore che pone in essere il fatto tipico (***fatto principale***)
   - di questa teoria sono state proposte ≠ VARIANTI in base agli **elementi** che devono connotare il fatto principale (es solo un fatto tipico, tipico e antigiuridico, anche colpevole..) e tanto **più** si arricchiscono i **requisiti**, tanto più si **riduce** la possibilità di avere un contributo accessorio
   - per *evitare lacune di tutela* la dottrina tedesca ha esteso la figura di *autore,* sostenendo che non sia solo chi realizza la condotta tipica (autore IMMEDIATO), ma anche colui che si serve di altri per la commissione del reato (autore MEDIATO)
   - **NB** parte della dottrina italiana accoglie tale impostazione facendo leva sull'art. 115 cp, che prevede la *punibilità dell'accordo o dell'istigazione quando ad essi non sia seguita la commissione del reato*
   - OBIEZIONI:
   a) **non si concilia** con la c.d. **"esecuzione frazionata"** (si ha quando ogni concorrente realizza solo una parte del reato)
      in questi casi manca un fatto principale a cui accede il contributo accessorio
   b) **non giustifica il concorso in un reato proprio,** quando a realizzare il fatto tipico sia l'*extraneus* e non l'*intraneus* titolare della specifica qualifica richiesta dalla fattispecie incriminatrice
      - la dottrina tedesca ha colmato la lacuna ricorrendo all'*autore mediato*, esteso ai casi in cui l'*intraneus* si servisse dell'*extraneus* come strumento per la commissione del reato proprio

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

c) **l'art. 115 cp** non può costituire una **valida base** normativa:
considerato più un art. che evidenzi la necessaria materialità e offensività del fatto per essere punibile, più che la giustificazione di un certo modello dogmatico

2) **TEORIA DELLA FATTISPECIE PLURISOGGETTIVA EVENTUALE**:
la tipicità dei contributi concorsuali deve essere valutata alla luce della **nuova fattispecie** che nasce dal **combinato disposto** tra l'art. 110 cp e le singole fattispecie di parte speciale
- *"eventuale"* dal momento che la pluralità dei concorrenti costituisce solo una *modalità eventuale* di commissione di un reato
- SUPERA LE OBIEZIONI della teoria dell'accessorietà:
  a) nei casi di esecuzione frazionata le condotte parzialmente tipiche sono elementi della fattispecie plurisoggettiva eventuale
  b) nel concorso in un reato proprio non è necessario che sia l'*intraneus* a tenere la condotta tipica, perché è sufficiente che un concorrente contribuisca con la propria qualifica personale e un altro con la condotta, in modo che l'insieme degli apporti realizzi tutti gli elementi costitutivi della fattispecie
- CRITICA:
  è ritenuto troppo **astratto**, perché non indica i requisiti della fattispecie plurisoggettiva eventuale:
  a quali condizioni quelle che sono condotte atipiche diventano contributi di partecipazione rilevanti ai sensi della fattispecie plurisoggettiva eventuale?

3) **TEORIA DELLE FATTISPECIE PLURISOGGETTIVE DIFFERENZIATE**:
il concorso di persone dà luogo ad una pluralità di reati, tanti quante sono le condotte concorsuali
- si muove da un'*obiezione* mossa ad entrambe le altre teorie: entrambe richiedono *l'unicità del reato* di cui tutti i concorrenti rispondono
- MERITO:
  inquadra meglio la possibile differenziazione delle responsabilità individuali

REQUISITI STRUTTURALI DEL CONCORSO DI PERSONE

elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza data l'indeterminatezza dell'art. 110 cp (caso emblematico di sviluppo e utilità del diritto vivente)

1) **PLURALITA' DI SOGGETTI**
2) **REALIZZAZIONE DI UNA FATTISPECIE DI REATO**
3) **CONTRIBUTO CONCORSUALE**
4) **PARTICOLARE ELEMENTO SOGGETTIVO**

PLURALITA' DEI CONCORRENTI

- **NB** perché vi sia concorso di persone vi devono essere **più soggetti attivi** del reato, ne sono **sufficienti 2**
- **NB** NON tutti i concorrenti devono **necessariamente essere punibili**
  1) uc dell'art. 112 cp prevede che le circostanze aggravanti previste ai primi commi si applicano *anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è imputabile*
  2) art. 111 cp disciplina la determinazione di un reato di una persona non imputabile e non punibile
  3) art. 119 cp disciplina la cause soggettive di esclusione della pena al solo concorrente a cui si riferiscono:
  "*Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.*
  Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato"

COMMISSIONE DI UN FATTO DI REATO

- **NB** è necessario che siano realizzati gli elementi costitutivi di una fattispecie di reato attraverso la cooperazione plurisoggettiva
  - non rileva che sia un solo concorrente o siano più concorrenti a realizzare **per intero** il fatto tipico o si tratti di **esecuzione frazionata**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– **NB** può trattarsi di un delitto *consumato* o di un delitto *tentato*
MA è ammesso il **concorso in un tentativo**, mentre NON è punibile un **tentativo di concorso**, cioè il fatto di tentare con esito fallimentare di concorrere in un reato (ex art. 115 cp, che contempla solo misure di sicurezza)

CONTRIBUTO CONCORSUALE

– **NB** è indispensabile **l'apporto di un contributo** da parte di ciascun concorrente
– il codice NON dà indicazioni sui *requisiti minimi* del contributo di partecipazione, che PERO' sono fondamentali per il rispetto degli artt. 25 e 27 cost (principi di legalità e colpevolezza)
– TIPI DI CONTRIBUTO:
  a) **MATERIALE**
  b) **MORALE**

CONTRIBUTO MATERIALE

NB il codice Rocco non indica il criterio di tipizzazione del contributo materiale:
a quali condizioni una condotta può essere considerata penalmente rilevante?
– FORME di contributo materiale (differenze che però il codice Rocco non attua):
  a) **AUTORE**: chi realizza per intero il fatto tipico
  b) **COAUTORE:** realizza con altri gli elementi della fattispecie incriminatrice
  c) **COMPLICE**: dà un contributo oggettivo alla realizzazione del reato in fase preparatoria o esecutiva
    └nessun problema con riferimento ai contributi che si traducono in condotte che integrano totalmente o parzialmente il fatto tipico; i problemi sorgono con i contributi materiali atipici del complice

– CRITERI DI ACCERTAMENTO DELLA CAUSALITA':
a) **CAUSALITA' CONDIZIONALISTICA**:
  nell'intenzione dei compilatori del cp *una condotta costituisce un contributo concorsuale solo se è causale alla commissione del reato*
  └OBIEZIONE: il criterio della *condicio sine qua non*, che nell'ambito della causalità rischia di estendere troppo la responsabilità penale, in ambito concorsuale sortirebbe l'effetto opposto di **restringere troppo** la punibilità, escludendo la rilevanza di condotte meritevoli di pena (es caso del complice che fornisce uno strumento più rapido per aprire la cassaforte)
b) **CAUSALITA' ALTERNATIVA o DI RINFORZO**:
  viene attribuita rilevanza concorsuale anche alle condotte che, sebbene non rappresentino una *condicio sine qua non*, **abbiano agevolato o rafforzato la commissione del reato**
  └se tale criterio viene accertato ***ex post*** si tratta di una riproposizione del criterio causale (se si accerta che tizio fornendo il particolare strumento ha effettivamente agevolato l'esecuzione, allora sicuro la sua condotta sarà stata causale)
  └se ci si basa su un **giudizio di prognosi postuma** (valutando se il contributo, nel momento in cui è stato prestato abbia aumentato il rischio di realizzazione del reato), si considera sufficiente il fatto che il contributo abbia *agevolato o rafforzato il rischio* di realizzazione dell'evento, con il rischio di attribuire rilevanza penale a condotte che, sul piano causale, non hanno inciso sull'esecuzione o preparazione del reato
    └che aumentino il rischio
  NB le sezioni unite hanno rigettato tale criterio nel 2005, ma non c'è un orientamento uniforme

→ in ambito concorsuale la **causalità condizionalistica** è l'UNICO CRITERIO in grado di delimitare il contributo concorsuale materiale atipico!

– **NB** importante però specificare *alcune cose*:
  1) il SECONDO TERMINE del rapporto causale:
    non è l'evento (come nella causalità) ma è il **fatto di reato**, poiché il concorso di persone è ipotizzabile rispetto a qualsiasi reato, di evento o di pura condotta

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) COME INTENDERE il REATO:
non in termini astratti, ma **in concreto**, prendendo in considerazione le modalità specifiche di realizzazione del fatto (***hic et nunc***)
└ la cassazione ha affermato che devono essere considerate le caratteristiche del fatto concreto così da escludere la rilevanza concorsuale dei contributi che abbiano inciso *solo su modalità marginali*

– nei REATI PERMANENTI:
il contributo concorsuale può essere prestato **anche in epoca successiva** al momento iniziale di perfezione del reato **sino a che perdura la permanenza**
└ **NB** questa *conclusione* va estesa anche ai c.d. reati A DUPLICE SCHEMA, che possono essere realizzati anche attraverso condotte alternative (es è punito per corruzione chi dà luogo per incontro tra corruttore e corrotto)

→ in conclusione, la **causalità condizionalistica** in ambito concorsuale svolge una **DUPLICE FUNZIONE**:
1) CRITERIO DI IMPUTAZIONE del fatto di reato
└ garantisce il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio
2) TIPIZZAZIONE del contributo di partecipazione
└ garantisce il principio di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie penale

CONTRIBUTO MORALE

└ influenza psichica che si presenta nella *forma*:
1) della **DETERMINAZIONE**:
quando si fa sorgere un proposito criminoso prima inesistente
2) dell'**ISTIGAZIONE**:
quando si rafforza un proposito già esistente
└ il legislatore poi a livello terminologico non sempre mantiene la distinzione (es art. 115 cp, dove il termine "istigazione" deve essere intesa in senso ampio comprendente anche la determinazione)

– costituiscono forme di determinazione/istigazione anche:
- l'**accordo**
└ quando chi partecipa non prenda poi parte alla preparazione o esecuzione del reato
- il **consiglio** (es consiglio su come frodare il fisco)
└ da alcuni autori viene anche inquadrato come *contributo materiale*, poiché spesso è proprio un "mezzo" dato per commettere un reato

– ACCERTAMENTO DELLA CAUSALITA' PSICHICA:
è necessario che l'istigatore abbia influito sulla volontà dell'istigato determinando o rafforzando il proposito criminoso
├ la giurisprudenza riconduca la causalità psichica al *modello* della causalità naturalistica
└ PROVA: **massime di esperienza**:
├ indicano, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che certe condotte, tenute in certi contesti e nei confronti di certi soggetti, hanno *efficacia istigatoria*
└ rendono spesso difficile l'accertamento del nesso

a) è posta particolare attenzione sulle **modalità di esecuzione** del reato, dalle quali può essere desunta l'efficacia causale del contributo psichico
b) l'istigazione NON è causale se l'esecutore del reato era già risoluto nel commettere il reato (c.d. ***omnimodo facturus***): in tal caso, eliminando mentalmente la condotta istigatoria, non verrebbe meno la commissione del reato

→ **NB** la necessità del nesso causale tra il contributo e il reato ESCLUDE la rilevanza delle condotte intervenute **dopo la consumazione del reato**
├ potranno dar luogo a responsabilità per altri reati, MA non a titolo di concorso di reato
└ la **promessa di aiuto** è valutata a titolo di concorso se effettuata PRIMA della commissione del reato e nella misura in cui abbia rafforzato il proposito criminoso

→ **NB** viste le difficoltà di accertamento della causalità, la giurisprudenza ha spesso ripiegato su un GIUDIZIO DI **PROGNOSI POSTUMA**, basandosi sulla mera idoneità della condotta istigatoria a rafforzare il proposito criminoso con aumento di possibilità di commissione di reato
└ nell'accertamento del concorso morale il giudice ha un **ampissimo potere discrezionale**, ma è importante evitare *scorciatoie probatorie* ed eseguire con particolare rigore la valutazione della situazione di fatto, prima di

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

pervenire a riconoscere la sussistenza del concorso morale
in assenza del convincimento al di là di ogni ragionevole dubbio sul contributo psichico, non rimane che l'assoluzione (*in dubio pro reo)*

CONCORSO MEDIANTE OMISSIONE

a) REATI OMISSIVI **PROPRI**:
concorrono coloro che abbiano l'obbligo di intervenire in presenza della situazione tipica ed omettano di farlo
- ♦ persone che trovano un corpo inanimato e omettono di soccorrerlo
- le norme agli artt. 110ss svolgono una **funzione di disciplina**, perché la responsabilità per omesso soccorso sussiste già ex art. 593 cp in capo ai singoli concorrenti
- non è escluso che possano svolgere anche una **funzione di incriminazione** rispetto alle condotte di coloro che abbiano l'obbligo giuridico di attivarsi
  - ♦ tizio avendo trovato una persona in pericolo telefona a caio per chiedergli un consiglio e caio lo convince ad abbandonare il luogo senza prestare soccorso

b) REATI OMISSIVI **IMPROPRI**:
rispondono a titolo di concorso mediante condotta omissiva coloro che abbiano un obbligo giuridico di impedire che altri commettano il reato
- è necessario che chi omette sia titola di una *posizione di garanzia* avente ad oggetto l'impedimento dei reati commessi dai terzi

– DISCIPLINA dei reati omissivi impropri:
contenuta nel **combinato disposto** degli artt. 40 cp e 110 cp:
la formula *non impedire **un evento** che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo* viene tradotta in *non impedire **un reato** che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a commetterlo*
- il termine *evento* viene inteso in un'**accezione** non naturalistica, ma **giuridica**

– le **POSIZIONI DI GARANZIA** aventi ad oggetto l'impedimento del reato commesso da terzi sono riconducibili:
- a quelle di **protezione**:
  - ♦ la madre che non impedisce, pur essendone a conoscenza, le violenze sessuali sulla figlia da parte del marito
- a quelle di **controllo:**
  - ♦ madre che non impedisce al figlio minore di commettere una violenza sessuale, che in questo caso costituisce la *fonte di pericolo* sotto la sfera di vigilanza del garante

NB a prescindere dall'oggetto dell'impedimento, presentano profili comuni che ne giustificano la trattazione unitaria

– PARERE DELLA DOTTRINA sull'estensione dell'art. 40 cp:
ritiene che l'applicazione dell'art. 40 cp in ambito concorsuale estenderebbe la responsabilità penale al di là dei limiti consentiti dalla stessa norma
- il suo originario ambito di applicazione è limitato ai **reati ad evento causalmente orientati**; in ambito concorsuale NON può operare anche in relazione a **reati di pura condotta**

– LETTURA GIURISPRUDENZIALE dell'art. 40 cp:
amplia in confini della norma anche ai reati di pura condotta, interpretando il termine evento, nel contesto del reato plurisoggettivo, non con un significato *naturalistico* (come nel contesto monosoggettivo), *ma giuridico*
- ♦ custode della villa che dolosamente non impedisce il furto sarà imputato, anche se si tratta di una fattispecie di pura condotta

– **NB** la **CONNIVENZA** va DISTINTA dal concorso mediante omissione:
condotta di chi, non essendo titolare di una posizione di garanzia, **assiste** alla commissione di un reato **senza intervenire per impedirne** la consumazione
- comportamento meramente *passivo*
- NON può ritenersi fondata la responsabilità concorsuale ex art. 40 cp perché:
  1) non c'è obbligo giuridico
     - ma può essere attribuita la responsabilità per omissione in virtù della fattispecie monosoggettiva

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) la presenza sul luogo del reato non sempre integra un'istigazione
   - sta al giudice valutare nel caso concreto se effettivamente sia servita a fornire all'autore un maggiore senso di sicurezza
   - occorrono concreti elementi idonei a dimostrare la sussistenza del concorso morale

DOLO DI PARTECIPAZIONE

- **particolare forma di dolo** che figura tra i requisiti del concorso di persone

– **NB** non è richiesto un previo accordo ai concorrenti, dal momento che il concorso può esplicarsi in un intervento di carattere *estemporaneo* sopravvenuto a sostegno dell'azione altrui, anche all'insaputa del correo

– **REQUISITI** del dolo di partecipazione:

1) rappresentazione e volontà **del fatto di reato**
   - anche nel dolo monosoggettivo
2) rappresentazione e volontà **di concorrere con altri nella commissione del reato**
   - COLLANTE PSICHICO tra i contributi concorsuali
   - **NB** non è però necessario che tutti i concorrenti siano reciprocamente consapevoli di concorrere con altri
     - ♦ tizio fa il guardiano di un magazzino, si accorge che caio sta rubando della merce e non dice nulla; caio risponde di furto ai sensi della fattispecie monosoggettiva, tizio risponde di concorso in furto
   - **NB** *ma* solo la presenza di tale consapevolezza consente alle norme sul concorso di svolgere:
     a) la funzione **incriminatrice** nel caso in capo al concorrente che dà un contributo atipico alla commissione del reato o che realizza una condotta parzialmente tipica (nei casi di esecuzione frazionata)
     b) la funzione **di disciplina** in presenza di più coautori che realizzano per intero la condotta tipica

– nelle ipotesi di DOLO SPECIFICO non è necessario che tutti i concorrenti agiscano con la particolare finalità richiesta dalla fattispecie incriminatrice, ma è sufficiente che **un solo compartecipe** abbia tale finalità, *purchè* gli altri ne siano consapevoli

– ANALISI di PARTICOLARI FIGURE:

a) **AGENTE PROVOCATORE**:
   colui che **induce un terzo** a commettere un reato al fine di **assicurarlo alla giustizia**
   - la *giurisprudenza* si dimostra molto SEVERA dal momento che ravvisa gli estremi del concorso
   - per la *dottrina* non sia punibile basandosi sull'ASSENZA DEL DOLO: manca la volontà del fatto costitutivo di reato, perché il soggetto non vuole che il reato giunga a consumazione avendo sin dall'inizio agito affinchè il soggetto provocato fosse bloccato dalle forze dell'ordine prima di portare a compimento il reato

b) **INFILTRATO**:
   colui che realizza **operazioni sotto copertura**
   - anche se la sua attività lo porti a compiere reati, egli non è punibile ex l. 146/2006, che prevede proprio tale ipotesi configurata come una *particolare forma di **adempimento del dovere***

LE CIRCOSTANZE NEL CONCORSO DI PERSONE

NB il codice, pur adottando un *modello unitario* di disciplina, affida al giudice il compito di differenziare le pene tra i concorrenti in relazione alla tipologia del contributo di partecipazione, attraverso la previsione di circostanze

– CIRCOSTANZE AGGRAVANTI (ex artt. 111, 112 cp):

a) ex art. 112.1, l'**unica** circostanza che NON CONSIDERA il **tipo di ruolo** e **contributo** del singolo concorrente è costituita dall'aggravante ad effetto comune ***se il numero dei concorrenti è superiore a 5***
   - il legislatore ha dato rilievo al numero di persone, pur NON considerando la realizzazione concorsuale del fatto SEMPRE sintomatica di maggior gravità, e tale circostanza si applica salvo che la legge non disponga ≠

b) ex artt. 111 e 112 danno rilevanza al particolare disvalore del contributo di partecipazione e dei rapporti tra i concorrenti
   - la disciplina è stata particolarmente **inasprita** a partire dagli anni '90:
     es far commettere il reato a una persona non imputabile o non punibile o determinare a commettere il reato a persone soggette alla propria autorità, direzione o vigilanza
   - **NB** le circostanze aggravanti giova ricordare che si applicano anche se qualcuno dei concorrenti non è imputabile o non punibile (ex art. 112 uc)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- CIRCOSTANZE ATTENUANTI (ex art. 114 cp):
  sono ad efficacia comune e facoltative
  a) ex art. 114.3 alcune descrivono situazioni **speculari alle aggravanti**:
     la pena può essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato, quando concorrono le condizioni stabilite all'art. 112 c.1 n3,4 3 c.3
  b) ex art. 114.1 particolare importanza rivesta la circostanza della **minima importanza:**
     se l'opera prestata da taluna delle persone concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato
     - si applica sempre se non concorra alcune delle circostanze dell'art. 112
     - la giurisprudenza ha dato un'***interpretatio abrogans***, sostenendo che *la circostanza attenuante del contributo causale di minima importanza trovi applicazione dove l'apporto del correo sia così lieve da apparire nell'ambito della* causalità, *quasi trascurabile, del tutto marginale* (ragionamento basato sulla necessità dell'**efficacia causale** del contributo rispetto alla realizzazione del reato, il che rende impossibile ipotizzare contributi rilevanti, ma così marginali da non essere apprezzabili sul piano delle conseguenze pratiche)
     - **NB** l'attenuante avrebbe maggiore considerazione in sede applicativa se l'**importanza del contributo** viene valutata nell'ambito dell'**interazione tra condotte** dei concorrenti: bisogna valutare la *marginalità del ruolo di un compartecipe rispetto a quello degli altri*
- **REGOLE DI DISCIPLINA** delle circostanze in ambito concorsuale:
  art. 118 cp: "*Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate* ***soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono***."
  - disciplina l'estensione ai concorrenti, ed è stato riformato con la l. 19/90:
  1) le circostanze inerenti:
     - ai **motivi a delinquere**
     - all'**intensità del dolo**
     - al **grado della colpa**
     - alla **persona del colpevole** (imputabilità o recidiva)

     si applicano SOLO al concorrente a cui si riferiscono
  2) tutte le altre circostanze del reato si applicano a tutti i concorrenti, a condizione che sussistano i **requisiti ex art. 59 cp**
     - le attenuanti si estendono a tutti i concorrenti, mentre le aggravanti solo al concorrente che le conosca o le abbia ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa
  3) la giurisprudenza non ha un orientamento unico rispetto all'interpretazione dell'art. 118: a volte è estensiva, a volte restrittiva
  4) tutte le circostanze soggiacciono al giudizio di bilanciamento ex art. 69 cp, MA la l. 251/2005 ha introdotto una **blindatura parziale del giudizio di bilanciamento**, vietando la prevalenza delle attenuanti in presenza delle aggravanti ex artt. 111 e 112.1 n4, consentendo solo il giudizio di equivalenza o di prevalenza delle aggravanti

CONCORSO ANOMALO

- qualora il reato commesso sia **diverso** (*anomalo*) da quello voluto da uno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione

art. 116 cp **Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti**:

"*Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione.*

Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave"

- si configura come un'ipotesi di RESPONSABILITA' OGGETTIVA, prevista dal codice in applicazione del principio ***versari in re illecita***, sul presupposto che chi si affida ad altri per l'esecuzione di un reato corre il rischio di rispondere anche delle eventuali conseguenze non volute
- ex art. 116.2 per MITIGARE questa *ferrea disciplina* è prevista una CIRCOSTANZA ATTENUANTE OBBLIGATORIA ad effetto comune nel caso ***in cui il reato commesso sia più grave di quello voluto***

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **NB REQUISITI** del concorso anomalo:
  - affinchè il concorrente che non volle il reato diverso ne risponda è necessario:
    1) ACCORDO per la commissione di un reato
    2) DOLO da parte di almeno uno dei concorrenti nella commissione del reato diverso
    3) NESSO DI CAUSALITA' tra la condotta del concorrente e il reato diverso
    4) NON VOLIZIONE del reato diverso da parte del concorrente
       - in caso diverso non gli potrebbe essere riconosciuta l'attenuante al c.2

→ *unica possibilità* per ESCLUDERE la responsabilità risiede nell'**INTERRUZIONE DEL NESSO CAUSALE** tra la condotta del concorrente e il reato diverso non voluto per l'intervento di un **fattore eccezionale** capace di spezzare l'imputazione oggettiva del reato

- INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE:
  incompatibilità con il dettato dell'art. 27.1 cost in quanto l'imputazione del reato si fonda su basi meramente oggettive
  - sent. interpretativa di rigetto 42/1965, con cui viene fornita una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116 cp, e in cui viene affermata la necessità di **accertare il NESSO DI CAUSALITA' PSICHICA**
    *"il reato più grave o diverso commesso dal concorrente deve poter rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, con uno **sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto**"*
  - ▶ l'art. 116 cp viene arricchito del **requisito della PREVEDIBILITA'** del reato diverso realizzato
- INTERPRETAZIONI alla formula *sviluppo logicamente prevedibile del reato voluto*:

a) prevedibilità **IN ASTRATTO**:
   mettendo a confronto gli elementi costitutivi del reato voluto e di quello realizzato, è possibile affermare che **l'accordo** per l'esecuzione di un reato **rende prevedibili varianti individuale al piano comune**
   - ♦ una rapina è *prevedibile* che degeneri in un omicidio, per via della sussistenza della violenza e minaccia
   - ♦ un furto in abitazione che degeneri in una violenza sessuale *non è prevedibile*, dal soggetto che faceva da palo

   NB però non convince sempre appieno

b) prevedibilità **IN CONCRETO**:
   è necessario valutare alla luce di tutti gli elementi del caso concreto, se per il concorrente fosse prevedibile la commissione del reato diverso da parte di altro concorrente
   - ♦ se nel rapporto tra furto e violenza sessuale non sussiste prevedibilità in astratto, potrebbe invece sussistere in concreto nel caso in cui il concorrente sapesse che in casa ci sia la figlia del proprietario, e il complice avesse già realizzato aggressioni sessuali
   - ♦ se una rapina diventa un omicidio si può definire prevedibile il diverso evento se il concorrente sapeva che l'autore fosse particolarmente violento

   NB nel caso in cui il piano iniziale prevedeva una *rapina a mano armata*, dal momento che in tal caso sussiste una responsabilità piena ex art. 110 cp a titolo di dolo eventuale (no concorso anomalo) dal momento che il concorrente aveva previsto la concreta possibilità dell'evento morte ed era implicito il consenso preventivo all'uso delle armi

→ **NB** la prevedibilità IN CONCRETO costituisce l'unico approccio in grado di garantire il rispetto del **principio di colpevolezza**
  - richiederà la prevedibilità in concreto significa introdurre nell'interpretazione dell'art. 116 cp **un'imputazione colposa** del reato non voluto:
    si tratta di una **colpa *generica***, e sta al giudice verificare se, sulla base delle evenienze del caso concreto, il concorrente potesse prevedere la variante all'iniziale piano criminoso

→ così riletto l'art.116 cp NON costituisce un caso di responsabilità oggettiva, ma di **responsabilità *anomala***: il concorrente, pur essendo in colpa rispetto al reato diverso realizzato, risponde comunque di un reato doloso
  - l'ANOMALIA risiede nella discrasia tra l'elemento soggettivo che regge la condotta del concorrente (colpa) e il reato di cui risponde (doloso)
  - in assenza dell'art. 116 cp infatti, il concorrente dovrebbe essere chiamato a rispondere per colpa, solo se il fatto fosse previsto dalla legge come delitto colposo

- **NB** l'art. 116 cp si riferisce espressamente al caso in cui il reato diverso sostituisca quello programmato
  - PERO' la giurisprudenza applica la norma anche nei casi in cui l'evento si sia realizzato (ricevendo critiche da parte della dottrina per l'*estensione analogica)*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO NEL REATO PROPRIO

– **NB** può concorrere in un reato proprio anche chi (***extraneus***) **non** possiede la **qualifica personale** richiesta dalla legge come elemento costitutivo del fatto tipico, a condizione che sia **consapevole di concorrere**, in applicazione dei principi generali sulla responsabilità concorsuale ex art. 110cp

♦ risponde di concorso in abuso di ufficio chi, privato cittadino, istighi il pubblico ufficiale a rilasciargli indebitamente un permesso

– **NB** NON è necessario:
  1) che sia l'*intraneus* a tenere la **condotta tipica**:
     └salvo i *reati di mano propria*, in cui è previsto che la condotta in offesa al bene giuridico sia tenuta dall'*intraneus* (es incesto)
  2) che l'*intraneus* agisca **con dolo**
     └salvi casi in cui è richiesto che (es falso ideologico)

MUTAMENTO DEL TITOLO DI REATO

└particolare ipotesi di concorso in un reato proprio, in cui la QUALIFICA PERSONALE determina il mutamento del titolo di reato per uno dei concorrenti

art. 117 cp **Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti**:

"Se, per le condizioni o le qualità personali del colpevole, o per i rapporti fra il colpevole e l'offeso, muta il titolo del reato per taluno di coloro che vi sono concorsi, anche gli altri rispondono dello stesso reato. Nondimeno, se questo è più grave, il giudice può, rispetto a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti, diminuire la pena"

– **NB** il fatto costituisce reato anche in assenza della qualifica (reato comune), ma il titolo muta se è presente la qualifica (da reato comune a reato proprio)

♦ rapporto che intercorre tra l'**appropriazione indebita** e il **peculato**, che consiste in una sorta di appropriazione indebita commessa da un pubblico ufficiale su denaro o beni mobili, di cui abbia il possesso o la disposizione per ragioni di ufficio o servizio

– in applicazione dell'art. 117 cp, il concorrente *extraneus* risponde del reato proprio **senza conoscere la qualifica personale** del concorrente *intraneus* (in deroga alla regola generale)
  └PERO' è necessario che:
  1) sia **in dolo** rispetto al reato comune
  2) **dia un contributo** alla commissione del reato proprio
  3) **non si rappresenti** di concorrere con un ***intraneus***

– **NB** si tratta di un caso di RESPONSABILITA' OGGETTIVA, perché è imputata oggettivamente la qualifica dell'*intraneus* anche ai concorrenti che non ne erano a conoscenza
  └la conoscenza della sua qualifica è considerata una *regola generale*

– la severità della disciplina è mitigata dalla previsione di una CIRCOSTANZA ATTENUANTE che può essere applicata a coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti predetti
  └**NB** a differenza dell'art. 116 cp, in questo caso l'attenuante è **facoltativa**

– l'art. 117 cp, richiedendo il mutamento del titolo di reato, NON si applica nei ***reati propri con qualifica personale a carattere costitutivo*** della illiceità penale, cioè nei casi in cui, senza la qualifica, il fatto non costituisce reato
  ♦ delitto di abuso d'ufficio
  └in questi casi l'*extraneus* risponde del reato proprio solo se è in dolo rispetto alla qualifica personale e non si applica la speciale attenuante

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

GLI EFFETTI DELLE CAUSE DI NON PUNIBILITA' IN AMBITO CONCORSUALE

art. 119 cp **Valutazione delle circostanze di esclusione della pena**:

"Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono.

Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato"

- **NB** il termine "circostanze" è usato in modo *improprio* (come all'art. 59 uc) in quanto, in senso propriamente tecnico, le circostanze **producono una variazione** quantitativa o qualitativa della pena, MA **non** la escludono
  - è più corretto QUINDI parlare di **CAUSE DI ESCLUSIONE**
- l'art. 119 distingue:
  a) le cause **OGGETTIVE:**
     si estendono a **tutti** i concorrenti
  b) le cause **SOGGETTIVE**:
     escludono la pena per coloro che sono concorsi nel reato a cui si riferiscono
  - sono disciplinati gli **effetti** di tali cause, ma NON si indica **in che cosa** esse consistano
- a fronte di diverse posizioni giurisprudenziali, le sez. unite hanno proposto nel 2002 la seguente interpretazione:
  a) cause OGGETTIVE**:**
     cause di giustificazione: fanno venire meno un elemento del reato e si applicano a tutti i concorrenti
     ♦ a chi coopera nel reato commesso per legittima difesa o con il consenso dell'avente diritto, si estendono gli effetti degli artt. 50, 52
  b) cause SOGGETTIVE:
     - le **scusanti,** che escludono la colpevolezza
     - le **cause che escludono la punibilità**
     - le **cause personali di non punibilità** che escludono i profili personali della responsabilità
     - le **cause sopravvenute di non punibilità**
       - condotte personali di ravvedimento tenute dopo la commissione del reato e a questo *antitetiche* dal momento che sono dirette alla tutela del bene giuridico (es desistenza)

DESISTENZA IN AMBITO CONCORSUALE

- causa sopravvenuta di non punibilità del tentativo

- il concorrente può desistere dalla partecipazione, ma l'applicazione dell'istituto della desistenza volontaria ex art. 56.3 cp presenta PROFILI PROBLEMATICI in ambito concorsuale
- è necessario che il concorrente **ANNULLI IL CONTRIBUTO** dato alla realizzazione collettiva, in modo che esso:
  1) **non** possa essere **più efficace** per la prosecuzione del reato
  2) **elimini le conseguenze** che fino a quel momento si sono prodotte
     - sia gli effetti dal pdv materiale che morale
  - sul piano probatorio si tratta di una *probatio diabolica*

RECESSO ATTIVO

circostanza attenuante del delitto tentato, che non rientra tra quelle dell'art. 118 cp, MA che **non viene estesa a tutti** i concorrenti (si tratta infatti di recesso *volontario*)

- viene fatta un'**interpretazione restrittiva**, escludendo dall'ambito di applicazione dell'art. 118, le circostanze consistenti in condotte aventi **valore soggettivo**, tenute dopo la commissione del reato e da riferire SOLO al concorrente che le abbia volontariamente tenute

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

COOPERAZIONE NEL DELITTO COLPOSO

art. 113 cp: "*Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso.*
La pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3 e 4 dell'articolo 112."

- nonostante la terminologia usata (*cooperazione e non concorso*), si tratta di un **concorso di persone**
- **NB** durante la vigenza del codice Zanardelli (che non prevede una norma di tal specie), parte di dottrina era *contraria* ad ammettere il concorso in forma colposa, partendo dal presupposto che l'elemento costitutivo del concorso fosse il **previo accordo**
  - escluso tale requisito, il codice Rocco prevede l'art.113 per *dissipare ogni dubbio* sulla configurabilità di una cooperazione colposa
- la norma, disciplinando la cooperazione nel delitto colposo, si giustifica in forza del principio generale ex art. 42 cp, che nei delitti richiede la ***previsione espressa della colpa***
- **REQUISITI**:
  a) generali DI STRUTTURA sono quelli del concorso di persone:
  - pluralità degli agenti
  - realizzazione di una fattispecie di reato, che però deve essere un delitto colposo

  b) in merito all'ELEMENTO SOGGETTIVO:
  - i concorrenti ovviamente **non devono volere** il fatto di reato
  - devono avere la **consapevolezza dell'altrui partecipazione**
    - sussiste anche se il concorrente non conosce la condotta e l'identità dell'altro compartecipe, come nelle *organizzazioni complesse* quali l'ospedale
    - non è necessaria anche la consapevolezza del carattere colposa della condotta altrui (altrimenti l'art. 113 sarebbe limitato ai soli casi di colpa cosciente)
    - questo elemento soggettivo fa da COLLANTE tra i diversi contributi e **distingue** la *cooperazione colposa* dal **CONCORSO DI FATTORI COLPOSI INDIPENDENTI:**
      - le diverse condotte convergono nella produzione di un medesimo evento, **senza** che gli autori dello stesso **siano consapevoli** che le loro condotte si innescano su quelle altrui e ha come riferimento la disciplina dell'art. 41 cp sul concorso di cause

→ **NB** nel caso della cooperazione nel delitto colposo il reato è **unico**, ed è realizzato in forma concorsuale; nel concorso di fattori colposi sussistono **tanti reati** quante sono le condotte colpose, accumunate dalla causazione di unico evento

- il **CONTRIBUTO DI COOPERAZIONE**:
  deve essere **causale** rispetto al fatto di reato, cioè i singoli contributi devono integrare la **violazione della norma cautelare**
  - **NB** la violazione può essere:
    a) di una regola cautelare PRIMARIA:
    direttamente preventiva dell'evento lesivo
    b) di una regola cautelare SECONDARIA:
    ha ad oggetto la non agevolazione o l'impedimento della condotta di un terzo, direttamente produttiva dell'evento
    - ♦ costituisce agevolazione colposa affidare la propria macchina a un terzo che cagiona un incidente, sapendo che il soggetto non ha la patente
  - parte della dottrina fa notare casi in cui una condotta non può di per sé essere considerata propriamente colposa, ma diventa rilevante in forza dell'art. 113 cp in quanto accede ad una condotta di per sé colposa
    - ♦ istigare a superare i limiti di velocità non integrerebbe di per sé la violazione della regola cautelare, ma diventerebbe tipica in quanto accede alla violazione di una regola cautelare
- FUNZIONI dell'art. 113 cp:
  1) funzione **di disciplina**, in quanto comporta l'applicazione di circostanze aggravanti e attenuanti previste per il concorso (a differenza del concorso di fattori colposi indipendenti)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) funzione **di incriminazione**:
è necessario DISTINGUERE in relazione alla struttura del delitto colposo:
   a) reati **di pura condotta** o a **condotta vincolata**:
   l'art. 113 può svolgere una funzione di incriminazione rispetto a quei contributi colposi che non integrano gli estremi della condotta tipica (casi marginali)
   b) delitti **colposi causalmente orientati**:
   rispetto ad essi è discussa la funzione dell'art. 113, dal momento che, se si parte dal presupposto che le singole condotte di cooperazione debbano già di per sé essere colpose, a fondare la responsabilità dei loro autori basterebbe la fattispecie incriminatrice colposa di parte speciale
   - la sussistenza dei requisiti di struttura dell'art. 113 consente però di applicare le specifiche regole di disciplina previste per questa forma di concorso

DIVERSITA' DI IMPUTAZIONE SOGGETTIVA TRA I CONCORRENTI

- **NB** non vi sono ostacoli di natura dogmatica a prospettare diversità di imputazioni soggettive tra concorrenti
  - non può essere accettato il c.d. ***dogma dell'unità del titolo di reato***
- è ipotizzabile:
  a) **CONCORSO DOLOSO IN UN REATO COLPOSO**:
  combinato disposto degli artt. 47 e 48 cp
  - ♦ tizio induce in errore caio che versa nel bicchiere di sempronio la sostanza che colposamente non ha verificato, causandogli la morte

  b) **CONCORSO COLPOSO IN UN REATO DOLOSO**:
  la giurisprudenza è orientata ad AMMETTERLO
  - ♦ è stata riconosciuta la responsabilità dei medici a titolo di omicidio per aver consentito il rilascio di un porto d'armi a un soggetto affetto da problemi psichici

  affinchè sia configurabile, è richiesto che:
  1) il reato sia previsto anche nella forma colposa
  2) la condotta presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa (la regola cautelare violata deve essere diretta a prevenire anche il rischio dell'atto doloso del terzo, che deve risultare prevedibile per l'agente)
  3) nesso di causalità tra la condotta violatrice la regola cautelare e il reato commesso

  CONTRO la configurabilità di questo tipo di concorso la dottrina sottolinea il tenore letterale dell'art. 113 (*cooperazione in un delitto colposo)*

CONCORSO DI PERSONE NELLE CONTRAVVENZIONI

- non sussiste nessun dubbio sulla configurabilità del **concorso doloso**
  - gli artt. 110ss fanno sempre riferimento al "*reato*"
- parte della dottrina ha ESCLUSO invece la configurabilità del **concorso colposo** dal momento che il legislatore ha previsto solo la collaborazione in un delitto colposo e non in una contravvenzione colposa
  - **NB** l'argomento però *non viene condiviso* dal momento che l'art. 113 si giustifica in forza dell'art. 42, e quindi si ritiene che il 113 non svolga una funzione di sbarramento al concorso colposo nelle contravvenzioni
  - la giurisprudenza lo riconosce pacificamente dal momento che rispetto alle contravvenzioni, valendo la diversa regola generale di imputazione, l'art. 110 è in grado di svolgere la propria funzione di incriminazione e di disciplina anche in relazione al delitto colposo

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO NECESSARIO

└la legge prevede come elemento costitutivo di fattispecie la pluralità dei soggetti attivi (c.d. **concorrenti necessari**)

♦ rissa, delitti di corruzione che prevedono un accordo tra corrotto e corruttore, associazione a delinquere, che prevede la presenza di almeno 3 associati, tutti i reati associativi..

– PROBLEMI sull'applicazione delle norme di parte generale, in relazione alle loro funzioni:

1) funzione **di disciplina**:
   anche ai reati a concorso necessario vengono **estese le regole** di disciplina previste per il concorso eventuale,
   A MENO CHE la fattispecie incriminatrice non preveda **regole proprie** che trovano applicazione in luogo di quelle generali
   └sulla base del **principio di specialità**
   ♦ l'aggravante del numero di persone può riferirsi al delitto di rissa, ma non è applicabile all'associazione a delinquere che prevede una propria aggravante se il numero di associati è di 10 o +
2) funzione **di incriminazione:**
   rispetto a condotte atipiche, non punibili ai sensi della fattispecie a concorso necessario
   ♦ risponde di concorso in rissa chi fornisce ad un gruppo di persone gli strumenti per la colluttazione

– *nella maggior parte* dei reati a concorso necessario tutti i concorrenti necessari sono puniti, MA vi sono casi in cui **non tutti i concorrenti necessari sono puniti** dalla norma incriminatrice
  ♦ l'art. 326 punisce solo il pubblico ufficiale che riveli le notizie coperte da segreto d'ufficio e non anche chi ottiene le notizie; a differenza di quanto prevede l'art. 361 cp che punisce sia chi rivela sia chi ottiene la notizia coperta da segreto di stato
  └**NB** in questi casi ci si chiede se **la punibilità del concorrente necessario ma non espressamente punito** dalla norma, possa essere recuperata attraverso la funzione incriminatrice **dell'art. 110 cp**:
  a) se il concorrente necessario **si limita a tenere la condotta** implicitamente richiesta dalla fattispecie la non punibilità si fonda **sulla riserva di legge** (es ricevere la notizia)
  b) se il concorrente è andato oltre quanto previsto dalla fattispecie, realizzando un **contributo utile** alla realizzazione del reato, si applica l'art. 110 cp (es giornalista che istiga il pu a diffondere la notizia)

REATI-ACCORDO

└fattispecie che **incriminano il semplice accordo**, **IN DEROGA** a quanto previsto dall'art. 115 cp

♦ delitto di cospirazione politica mediante accordo

→ il legislatore incrimina con uno strumento di **tutela penale preventiva** il semplice accordo di volontà

REATI ASSOCIATIVI

└fattispecie che incriminano la costituzione di una **struttura associativa finalizzata a commettere delitti**
c.d. *delitti-scopo*

♦ art. 416 cp in merito all'**associazione per delinquere** che punisce il fatto di 3 o + persone che si associano al fine di commettere più delitti

– **NB** anche in questo caso la previsione normativa è giustificata da **esigenze di anticipazione della tutela**
  └il legislatore incrimina il solo fatto di associarsi in vista del piano criminoso, motivo per cuigli associati rispondono indipendentemente dalla realizzazione dei *delitti-scopo*

– si tratta di reati **a concorso necessario**, che si differenziano dal concorso di persone e interferiscono con la disciplina di parte generale

– **NB** è necessaria la **COSTITUZIONE DI UN'ASSOCIAZIONE** (≠ dal reato-accordo, basato sull'incontro di volontà)
  └CARATTERI DELL'ASSOCIAZIONE (elaborati per via giurisprudenziale, dato il silenzio del legislatore):
  è richiesta la presenza di un'**organizzazione** di mezzi, strutture, persone, connotata
  - dalla **stabilità** del vincolo associativo
  - dall'**idoneità** a proseguire il programma criminoso

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **RESPONSABILITA' degli associati** per la commissione dei delitti-scopo:
  NON rispondono tutti gli associati, ma SOLO quelli che abbiano dato un **contributo concorsuale** alla commissione del delitto
  - **NB** DISTINZIONE tra:
    a) la **condotta di associazione** consistente nello svolgimento di un ruolo all'interno dell'organizzazione
    b) il **concorso nel delitto-scopo**
       - richiede l'accertamento dei requisiti strutturali del concorso di persone
  - → va ESLCUSA qualsiasi *responsabilità di posizione* degli associati in relazione ai delitti commessi, pena la violazione dell'art. 27.1 cost
  - **NB** per quanto riguarda il CONTRIBUTO MORALE, del quale sono chiamati a rispondere gli associati che rivestono **ruoli di vertice**, anche in questo caso va accertato che chi riveste ruoli dirigenziali abbia istigato il reato commesso

CONCORSO ESTERNO

- istituto elaborato dalla giurisprudenza (specie in relazione all'art. 416-*bis)* per **estendere la punibilità** a quelle condotte che, pur **non** integrando la condotta di **partecipazione**, dessero comunque un **contributo alla vita dell'associazione**
- considerazione del concorrente esterno, sprovvisto dell'***affectio societatis*** (della volontà di far parte dell'associazione)

→ la dottrina si è interrogata su un'eventuale FUNZIONE INCRIMINATRICE delle norme sul concorso di persone, che andassero a coprire tali condotte *atipiche*

- per quanto riguarda il concorso MORALE non sorge alcun dubbio sulla sua configurabilità
- DISCUSSIONE sul concorso MATERIALE:
  la cassazione, inizialmente divisa sull'ammissibilità del concorso esterno, è pervenuta a una **soluzione** con la **sentenza Demitry del 1994** e da allora attraverso le pronunce delle sezioni unite (sentenze Carnevale del 2002, Mannino del 2005), sono stati affinati gli ELEMENTI COSTITUTIVI del concorso esterno
  - si ritiene necessario:
    a) **oggettivamente**:
       un contributo apprezzabile in termini di causalità condizionalistica, con un accertamento *ex post* che permetta di affermare che la condotta abbia effettivamente **contribuito** a **mantenere o rafforzare il vincolo associativo**
    b) **soggettivamente**:
    - **dolo diretto**
    - consapevolezza dei metodi e fini dell'associazione, nonostante il soggetto sia privo dell'*affectio societatis*
- **NB** sul piano probatorio è molto difficile da provare

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO APPARENTE DI NORME

REATO UNICO O PLURALITA' DI REATI

NB non sempre è semplice comprendere se la situazione concreta dia luogo effettivamente a una pluralità di reati o a un solo reato

└non sempre l'unità o la pluralità **sul piano naturalistico** coincide con l'unità o la pluralità **sul piano normativo**

→ se il fatto concreto è costituito da una pluralità naturalistica di condotte, non per questo la valutazione normativa conduce ad una pluralità di condotte penalmente rilevanti e a una pluralità di reati; una condotta concreta non necessariamente integra un solo reato

- il REATO è innanzitutto una **entità normativa**
  └il legislatore nel descrivere le fattispecie incriminatrici, ne individua gli elementi costitutivi che possono **valutare in modo *unitario*** ciò che **potrebbe apparire *plurimo***
- **NB** per capire se la vicenda concreta integri o meno gli estremi di un solo reato o di una pluralità di reati è richiesta una **DUPLICE INDAGINE**:
  1) indagine sulla STRUTTURA della singola fattispecie incriminatrice:
     ciò che appare naturalisticamente costituito da una pluralità di condotte è da considerare unitario da un pdv normativo
     ├***unificazione normativa di condotte naturalisticamente plurime***
     └riscontrabile nei reati abituali e norme a più fattispecie
  2) indagine sul RAPPORTO TRA LE NORME:
     può accadere che la complessità della vicenda concreta sia riconducibile a più fattispecie, una sola delle quali trova applicazione nel caso specifico
     └***concorso apparente di norme***

  └in entrambi i casi sussiste un unico reato: **viene escluso il concorso di reati**

UNIFICAZIONE NORMATIVA DI CONDOTTE NATURALISTICAMENTE PLURIME

└fattispecie in cui il fatto tipico descrive come **condotta unitaria, una pluralità naturalistica di atti**

- **REATO ABITUALE**:
  fatto descritto in modo da richiedere la **reiterazione** di una pluralità di azioni considerate un'unica condotta
  ♦ art. 572 cp maltrattamenti contro i familiari
- **NORME A PIU' FATTISPECIE**:
  casi nei quali il legislatore **incrimina in modo alternativo** una pluralità di condotte, in modo che chi contestualmente realizza più condotte descritte, commette un solo reato
  ♦ delitto di danneggiamento, che punisce chi distrugge, disperde, deteriora, o rende inservibili cose mobili o immobili
  ├ **NB** bisogna distinguerle dalle **FATTISPECIE A PIU' NORME**, nelle quali le condotte descritte in alternativa integrano fattispecie incriminatrici distinte, con la conseguenza che se un soggetto realizza le diverse condotte, deve rispondere di più reati
  ├molto spesso la legge non aiuta a capire se si è in presenza di una norma a più fattispecie o di una fattispecie a più norme, perché in entrambi i casi la legge incrimina in una stessa disposizione una pluralità di condotte
  └▶spetta all'interprete valutare se, *alla luce del bene tutelato, le ≠ condotte costituiscano ontologicamente ≠ manifestazioni esteriori di una sola situazione di fatto, che riveste lo stesso disvalore sociale, o rappresentino situazioni strutturalmente e cronologicamente distinte, anche in relazione alle offese arrecate*

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO APPARENTE DI NORME

└lo si ha quando uno stesso fatto è apparentemente sussumibile in più norme, una sola delle quali trova applicazione nel caso concreto, in quanto l'applicazione di più norme comporterebbe la violazione del principio del ***ne bis in idem*** sostanziale

└uno stesso soggetto non può rispondere più volte dello stesso fatto

- **CRITERI** usati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolvere il concorso apparente di norme:
  1) SPECIALITA'
  2) SUSSIDIARIETA'
  3) CONSUNZIONE o ASSORBIMENTO

  └**NB** le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali sono molto variegate, non c'è piena condivisione sull'utilizzo dei criteri e sul loro significato
- PROBLEMA INTERPRETATIVO:
  dal momento che la convergenza di più norme si realizza in relazione ad una stessa condotta, l'alternativa che si prospetta all'interprete è tra **concorso apparente di norme** o il **concorso *formale* di reati**
  - *prima del 1974* questa alternativa aveva effetti significativi sul PIANO SANZIONATORIO, dal momento che il concorso formale era regolato dal ***cumolo materiale*** delle pene
  - oggi l'alternativa è meno evidente dal momento che è previsto il potere discrezionale nella determinazione della pena, che nel concorso formale è regolata dal ***cumolo giuridico*** con applicazione della pena prevista per il reato più grave aumentata sino al triplo

PRINCIPIO DI SPECIALITA'

├criterio strutturale di raffronto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie incriminatrici

└è l'unico criterio espressamente previsto

art. 15 cp **Materia regolata da più leggi penali o da più disposizioni della medesima legge penale**:

"*Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito*"

- **NB** una norma E' SPECIALE rispetto a un'altra (detta *generale*) quando **oltre agli elementi della norma generale** presenta **uno o più elementi specializzanti**
  └in assenza della norma speciale, i casi da essa disciplinati rientrerebbero nella norma generale

→ la SPECIALITA' costituisce un **PRINCIPIO LOGICO** di regolazione del rapporto tra norme, che opererebbe anche in assenza di una previsione normativa espressa

- **TIPOLOGIE** di specialità:
  a) specialità IN ASTRATTO UNILATERALE:
     si intende che una norma è speciale rispetto ad un'altra e il **raffronto** tra le stesse viene fatto considerando gli **elementi costitutivi di fattispecie**, a prescindere dal fatto concreto
  b) specialità PER SPECIFICAZIONE o AGGIUNTA:
     una norma può essere speciale a seconda che l'elemento specializzante specifichi un **elemento della fattispecie generale** o si aggiunga agli **elementi costitutivi di essa**
     - ♦ rapina è speciale rispetto al furto, dal momento che si aggiunge l'elemento della violenza o minaccia
     - ♦ sequestro di persona e sequestro di persona a scopo di estorsione
- **NB** nel principio di specialità NON RILEVANO:
  1) il **trattamento sanzionatorio** previsto dalle norme convergenti sullo stesso fatto
  2) i **beni giuridici tutelati** dalle fattispecie convergenti
     └*sebbene* spesso la giurisprudenza ritiene l'inciso *"**stessa materia**"* = "***stesso bene giuridico***", allo scopo di escludere il concorso apparente di norme, e di riconoscere il concorso formale di reati, qualora le fattispecie convergenti siano poste a tutela di **interessi** ≠

→ accezioni dell'espressione *"**stessa materia**"*:

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

a) *medesimo fatto CONCRETO* sul quale convergono le norme
   └ il presupposto che consente al concorso di norme di operare
b) *stessa fattispecie ASTRATTA* (cassazione)
   └ settore, aspetto dell'attività umana che la legge regola, e non l'evento concreto sussumibile in più norme

└ il principio di specialità in astratto *non è però sufficiente* e per questo si ricorre:
1) **ESTENSIONE DELLA NOZIONE DI SPECIALITA'**
2) **ALTRI CRITERI**

SPECIALITA' BILATERALE

- interpretazione **più ampia** del principio di specialità, che prevede 2 norme che sono **l'una speciale rispetto all'altra** (al posto di una norma generale e una speciale, come per la specialità unilaterale)
- ciascuna norma presenta elementi comuni e specializzanti rispetto all'altra, e tra le due prevale quella con il **trattamento sanzionatorio più severo**

♦ rapporto tra delitti di **violenza privata** e di **violenza o minaccia per costringere a commettere un reato**: entrambi hanno come elemento comune la condotta di violenza o minaccia, la prima fattispecie è però speciale quanto richiede l'evento, consistente nella costrizione del soggetto passivo; il secondo caso invece rappresenta un reato di pura condotta, che tuttavia è speciale rispetto all'altro delitto in quanto la violenza e minaccia deve essere rivolta a costringere o determinare altri a commettere un fatto costituente reato

→ CRITICA:
uso di un **criterio di valore** (il trattamento sanzionatorio) per individuare la norma prevalente

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETA'

- interviene in presenza di più norme che tutelano in modo **progressivamente più intenso** un bene
- **NB** in questo caso prevale la norma (principale) che **assicura la tutela più intensa** e prevede un **più severo regime sanzionatorio** rispetto all'altra (sussidiaria)

– **FORME** DI SUSSIDIARIETA':
  a) sussidiarietà **ESPRESSA:**
     quando sono previste le c.d. CLAUSOLE DI RISERVA previste nella fattispecie incriminatrice sussidiaria, che fanno un rinvio ad altre fattispecie
     └ può essere *specifico* o *generico*
  b) sussidiarietà **TACITA**:
     quando il rapporto tra norme va ricostruito attraverso l'individuazione dei beni giuridici tutelati e il grado di intensità della loro tutela
     ♦ rapporto tra la contravvenzione (ora depenalizzata) di atti contrari alla pubblica decenza e il delitto di atti osceni, norma prevalente, qualora l'offesa alle regole del vivere civile riguardi la sfera del riserbo sessuale

– **NB** la sussidiarietà costituisce un CRITERIO DI VALORE, perché prende in considerazione non il rapporto strutturale tra gli elementi delle fattispecie convergenti, ma:
  1) il **profilo dell'offesa** ai beni giuridici
  2) il **trattamento sanzionatorio** previsto dalle rispettive norme

PRINCIPIO DI ASSORBIMENTO o CONSUMAZIONE

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- prevede che tra più norme convergenti su uno stesso fatto concreto vada applicata quella che **esaurisce nel modo più comprensivo il DISVALORE**

– **NB** il criterio per stabilire l'applicazione di tale principio è il **TRATTAMENTO SANZIONATORIO**:
la capacità della NORMA ASSORBENTE di esprimere il complessivo disvalore del fatto è indiziata dal trattamento sanzionatorio dalla stessa previsto, che non può **mai essere inferiore** a quello riservato dalla NORMA ASSORBITA

– un RIFERIMENTO a tale criterio è rinvenibile all'art. 68 cp che fissa i *limiti sul concorso di circostanze*:
"*Salvo quanto è disposto nell'articolo 15, quando una circostanza aggravante comprende in sé un'altra circostanza aggravante, ovvero una circostanza attenuante comprende in sé un'altra circostanza attenuante, è valutata a carico o a favore del colpevole soltanto la circostanza aggravante o la circostanza attenuante, la quale importa, rispettivamente, il maggiore aumento o la maggiore diminuzione di pena*."

→ la capacità di una norma di comprendere in sé un'altra non può essere risolta attraverso il principio di specialità (espressamente richiamato dalla clausola di riversa al c.1)
└ l'art. 68 fa riferimento a un criterio di ordine sostanziale che giustifica l'applicazione della circostanza in grado di **esprimere compiutamente il maggiore o il minore disvalore degli elementi accidentali convergenti**, valutati in modo **unitario**, con conseguente applicazione della circostanza che importa il maggiore aumento o la maggiore riduzione della pena

– l'*individuazione del disvalore del fatto* e la *capacità delle norme incriminatrici di esprimerlo* è compiuta **alla luce dei beni giuridici offesi** sulla BASE del:
1) criterio di PREVALENZA SOSTANZIALE del bene:
interviene tutte le volte in cui l'offesa al bene minore assorbito è implicita nell'offesa al bene giuridico di maggiore rilevanza
♦ il delitto di omicidio assorbe il disvalore del delitto di danneggiamento dei vestiti della vittima
2) criterio di SPECIALITA' DEI BENI GIURIDICI

– IN CONCLUSIONE:
il concorso apparente di norme può essere risolto attraverso 2 CRITERI:
a) uno STRUTTURALE:
principio di specialità attraverso il quale si mettono a raffronto gli elementi costitutivi della fattispecie, senza che rilevino i beni giuridici tutelati o il trattamento sanzionatorio
b) uno SOSTANZIALE:
principio di assorbimento o consunzione che prende in considerazione i beni giuridici tutelati e il trattamento sanzionatorio, in quanto la norma assorbente, per la sua capacità di esaurire tutto il disvalore del fatto concreto, non può prevedere una sanzione meno severa di quella della norma assorbita
└ **NB** la giurisprudenza di legittimità RIGETTA quest'ultimo principio in quanto, trattandosi di un criterio di valore, introduce nell'interpretazione del rapporto tra le fattispecie convergenti elementi di **incertezza**, in contrasto con il **principio di determinatezza** che deve valere non solo nella descrizione delle singole fattispecie incriminatrici, ma anche nella determinazione dei criteri per risolvere i loro reciproci rapporti (si tratta però di una posizione NON CONVINCENTE)

CONCORSO APPARENTE DI NORME RISPETTO A PIU' FATTI

└ caso in cui ci sono più fatti distinti, ma che presentano un **significato unitario di disvalore** che ne impone una considerazione unitaria anche sul piano normativo

– DUBBIO INTERPRETATIVO:
in presenza di più fatti temporalmente distinti l'alternativa è tra **concorso apparente di norme** e **concorso *materiale* di reati**, o **reato continuato**

– **CASI** in cui si riscontra:
1) ANTEFATTO NON PUNIBILE:
quando il fatto previsto da una norma incriminatrice costituisce ordinariamente un antecedente rispetto alla commissione di un altro più grave reato che assorbe il fatto strumentale
♦ è tale il rapporto che si instaura tra la contravvenzione di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli e il delitto di furto commesso subito dopo

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) POSTFATTO NON PUNIBILE:
il reato che costituisce lo sviluppo del reato commesso in precedenza
- ♦ nei **delitti contro la fede pubblica** è punito chi usa l'atto falso a condizione che non sia concorso alla falsificazione, della quale altrimenti risponderebbe
- il legislatore partendo dal presupposto che la falsificazione non è mai fine a se stessa, ma è finalizzata all'utilizzo dell'atto falso, ha implicitamente considerato il disvalore dell'uso dell'atto falso nell'incriminazione della stessa falsificazione

3) PROGRESSIONE CRIMINOSA:
sussiste quando con deliberazioni successive ravvicinate si realizzano fattispecie diverse che comportano una progressiva intensificazione dell'offesa
- ♦ chi procura una lesione personale alla vittima con dolo di lesioni, ma immediatamente dopo infierisce sulla stessa procurandole la morte, risponde solo di omicidio doloso e non anche di lesioni personali

REATO COMPLESSO

- reato i cui elementi o circostanze aggravanti costituirebbero per se stessi un reato, ma la legge li considera elementi costitutivi dello stesso

art. 84 cp **Reato complesso**:

"*Le disposizioni degli articoli precedenti non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato.*
Qualora la legge, nella determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi indicati negli articoli 78 e 79"

– 2 FORME, a seconda che siano interessati:

a) gli **ELEMENTI COSTITUTIVI:**
la fattispecie è costituita da elementi che di per sé integrano altre fattispecie di reato
- ♦ rapina, composta da furto e da violenza privata o minaccia

b) le **CIRCOSTANZE AGGRAVANTI:**
- ♦ omicidio aggravato dall'atto di commettere una violenza sessuale

→ in entrambi i casi il reato complesso assorbe il reato o i reati di cui è composto

– **NB** la giurisprudenza riconosce solo il reato c.d. ***necessariamente complesso***, cioè quando gli elementi di un reato richiamano **in modo espresso** quelli di altro reato
- NON ammette la figura del reato ***eventualmente complesso***, che si ha quando un reato prevede tra le possibili forme di realizzazione anche fatti che costituirebbero reato
  - ♦ delitto di truffa, nel quale la condotta di artifizi o raggiri può eventualmente integrare anche un delitto contro la fede pubblica, ma non è in grado di assorbire il delitto di falso (concorso materiale tra delitto di falso e truffa)
- secondo la giurisprudenza inoltre è necessario anche un ***legame causale con carattere di immediatezza*** della fattispecie componente rispetto al reato complesso (è necessario che la commissione del reato componente sia contestuale a quella del reato complesso)

– **REGOLE DI DISCIPLINA** previste:

a) PENA:
se la legge nella determinazione della pena per il reato complesso si riferisce alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, non possono essere superati i limiti massimi previsti per il concorso materiale

b) PROCEDIBILITA':
si procede sempre d'ufficio, se per taluno dei reati che sono elementi costitutivi o circostanze aggravanti, si deve procedere d'ufficio

c) CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO:
la causa estintiva di un reato che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende a quest'ultimo

- eccezion fatta per l'ultima norma, si tratta di regole marginali che *non trovano di fatto applicazione*, perché è la stessa legge che nel prevedere il reato complesso, fissa la pena e le regole sulla procedibilità

→ l'utilità dell'art. 84cp è messa in dubbio da una parte della dottrina che ravvisa nella norma nient'altro che un'applicazione del principio di specialità

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO DI REATI

CONCORSO DI REATI

└commissione di più reati da parte della stessa persona

– FORME di CONCORSO:

1) distinzione:
   a) concorso **MATERIALE**:
      reati realizzati con più azioni od omissioni
   b) concorso **FORMALE**:
      reati realizzati con una sola azione od omissione
2) distinzione:
   a) concorso **OMOGENEO**:
      se i reati sono tutti dello stesso tipo
   b) concorso **ETEROGENEO**:
      se i reati sono diversi

– **CRITERI DI COMPUTO DELLE PENE**:

1) CUMOLO MATERIALE: (r1+r2+r3)
   somma aritmetica delle pene che il giudice ritiene di applicare ai singoli reati
   – ***tot crimina tot pena***
   – **NB** questo criterio rischia di tradursi in un carico sanzionatorio *eccessivamente gravoso,* specie laddove il sistema preveda per i singoli reati pene severe
   └criterio usato dal codice Rocco
2) ASSORBIMENTO: (r1: reato più grave)
   comporta l'applicazione della pena prevista per il reato più grave che assorbe quella degli altri reati in concorso
   └ **NB** si espone all'obiezione di precostituire la non punibilità per i reati meno gravi concorrenti (*sorta di licenza a delinquere)*
3) CUMOLO GIURIDICO: (r1+ aumento pena)
   prevede l'applicazione della pena prevista per il reato più grave aumentata di una certa quantità per tener conto dei reati concorrenti
   └parte dal presupposto che la sofferenza della pena aumenta in modo geometrico con il progredire della privazione della libertà personale

CONCORSO MATERIALE

– è disciplinato agli artt. 73, 74, 75 cp, che si basano sul criterio del **cumulo materiale:**
viene prevista una pena per un tempo uguale alla *durata complessiva delle pene* che si dovrebbero infliggere per i singoli reati

– **PARTICOLARI REGOLE DI DISCIPLINA**:

a) in caso di ERGASTOLO (ex art. 72 cp):
   - se ci sono più delitti puniti con tale pena si applica, la si applica con l'isolamento diurno da 6 mesi a 3 anni
   - se solo un delitto viene punito così, mentre per gli altri sono previste pene detentive temporanee per un tempo superiore a 5 anni, si applica l'ergastolo con isolamento diurno da 2 a 18 mesi

b) quando concorrono più delitti, per ciascuno dei quali deve infliggersi la pena della RECLUSIONE NON INFERIORE A 24 ANNI, si applica la pena dell'ergastolo (ex art. 73.2 cp)

c) se i reati in concorso importano PENE DETENTIVE DI NATURA DIVERSA (reclusione, arresto), queste si applicano tutte indistintamente e per intero, e l'arresto è seguito per ultimo (art. 74 cp)

d) per la determinazione delle PENE ACCESSORIE si ha riguardo al singolo reato e alle pene principali a questo inflitte

e) sono previsti LIMITI MASSIMI agli aumenti delle pene principali e delle pene accessorie per effetto del cumulo materiale

– **NB** tali regole si applicano sia nel caso in cui con una sola sentenza si debba pronunciare la condanna per più reati contro una stessa persona, sia nel caso di pene inflitte con sentenze diverse

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CONCORSO FORMALE

└si ha quando con una sola azione od omissione si violano diverse disposizioni di legge (*concorso formale eterogeneo*) o si commettono più violazioni della medesima disposizione di legge (*concorso formale omogeneo*)

art. 81.1 cp **Concorso formale. Reato continuato:**

"È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge"

- ♦ concorso omogeneo: con un articolo più persone vengono diffamate
- ♦ concorso eterogeneo: sparo a una persona, e ferisco un'altra
- – problema riguardo la sussistenza del concorso formale in caso **REITERAZIONE DI PIU' CONDOTTE TIPICHE**:
  1) il giudice deve prima appurare che l'UNITA' DELLA CONDOTTA:
     - la **condotta è unica** se la reiterazione delle condotte, di per sé tipiche, avviene nel **medesimo contesto temporale**
     - → condotte temporalmente distanti danno luogo a condotte diverse e, di conseguenza, a distinti reati in *concorso materiale* (salvo ravvisare gli estremi del reato continuato)
     - è rimessa all'apprezzamento del giudice la valutazione della sussistenza di questo requisito
  2) verificata l'unità della condotta, il giudice deve appurare l'UNITA' DEL REATO:
     - il **reato è unico** se la reiterazione contestuale della condotta tipica è rivolta ad **offendere lo stesso bene giuridico** (es più coltellate inferte alla stessa vittima)
     - nell'apprezzare tale requisito vi sono ≠ opinioni tra giurisprudenza e dottrina:
       - la giurisprudenza ravvisa sempre una **pluralità di reati** in presenza di offese a **soggetti passivi diversi**
       - parte di dottrina distingue invece in relazione alla natura del bene offeso:
         a) in presenza di **beni altamente personali**, ci sono **tanti reati** in concorso formale **quanti** sono i **soggetti passivi**
         b) in presenza di **beni non personali** (es beni patrimoniali), si considera la sussistenza di **un solo reato** anche in presenza di una **pluralità di soggetti passivi**
- – la versione originaria del codice Rocco prevedeva il cumulo materiale delle pene anche per il concorso formale, e ciò **NON si conciliava** con la disciplina del cumolo giuridico prevista per il reato continuato omogeneo (applicazione della pena prevista per il reato più grave aumentata sino al triplo)
  - irragionevole punire con un trattamento sanzionatorio più sfavorevole chi avesse con una sola deliberazione commesso più reati, rispetto a chi con un medesimo disegno criminoso avesse commesso più reati

→ **RIFORMA del 1974** ha esteso anche al concorso formale la disciplina sanzionatoria del **cumulo giuridico** prevista per il reato continuato

└l'art. 81.1 cp prevede l'applicazione della pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo

REATO CONTINUATO

└reato basato su più azioni od omissioni esecutive di un **medesimo disegno criminoso**, tenute anche in tempi diversi

art. 81.2 cp: "*Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge*"

- – **REQUISITI**:
  1) PLURALITA' DI REATI:
     - è necessaria una pluralità di reati realizzati **con azioni distinte**
     - **NB** non è richiesta la loro **omogeneità** (rispetto all'originaria forma dell'art. 81, non c'è più l'esclusione dei reati **eterogenei** come nel caso di tizio che prima fa una rapina, poi furto e infine omicidio)
     - sono **esclusi** dalla continuazione i **reati colposi**, dal momento che è richiesto il requisito del *medesimo disegno criminoso*, che è ontologicamente incompatibile con la colpa
     - **non** è richiesto un **limite temporale** per la realizzazione dei diversi episodi criminosi: i reati possono essere commessi anche a notevole distanza di tempo (però più difficile ravvisare il medesimo disegno criminoso)

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

2) MEDESIMO DISEGNO CRIMINOSO:
   unico elemento che fa da **collante** tra i diversi reati e che giustifica l'applicazione del cumolo giuridico
   └**requisiti** fissati dalla giurisprudenza per definirlo:
   - requisito **finalistico:**
     identità dello scopo alla realizzazione del quale sono rivolti i singoli reati
     └*unicità del programma criminoso*
       ♦ tizio che per ricevere l'eredità falsifica il testamento olografo e uccide il testatore
   - requisito **rappresentativo**:
     iniziale rappresentazione dei vari reati che rientrano nel programma criminoso
     └non è richiesta una preventiva rappresentazione in modo dettagliato delle modalità esecutive dei reati, ma serve una loro rappresentazione anche in termini generici sin dalla commissione del primo reato

– **NB** tra gli elementi che incidono sulla disciplina del reato continuato vi è la consumazione di più reati in relazione allo STATO DI TOSSICODIPENDENZA (il cui tema è stato riformato con la l. 49/2006)
  └a riguardo la giurisprudenza ha affermato che:
  a) non sia sufficiente lo stato di tossicodipendenza dell'autore di più reati a giustificare l'applicazione dell'art. 81.2 cp
  b) il giudice abbia l'obbligo di tale stando, fermo restando il principio per cui l'unicità del disegno criminoso non possa identificarsi in un *generico programma di attività delinquenziale*, ma richieda la previa individuazione, fin dalla commissione del primo reato, di tutti gli altri successivi, almeno nelle loro connotazioni fondamentali
  c) in merito a tale previa rappresentazione lo stato di tossicodipendenza agevola la prova dei requisiti del reato continuato

– **NB** effetti della SENTENZA DI CONDANNA sulla continuazione:
  ├la pronuncia del giudice non comporta di per sé l'interruzione del medesimo disegno criminoso, dal momento che il nuovo reato può comunque rientrare nella progettazione iniziale
  ├l'opinione favorevole all'interruzione evidenzia il rischio della perdita della funzione deterrente della sanzione penale, in quanto l'autore potrebbe contare sul più favorevole regime del cumulo giuridico
  └anche i reati giudicati con sentenza passata in giudicato possono essere inclusi nel reato continuato

– la questione dell'UNITA' DEL REATO CONTINUATO:
  ├la riforma del 1974 ha abrogato la versione originaria dell'art. 81 cp, secondo il quale *le diverse violazioni si considerano un solo reato*
  ├salvo che sia legge a prevedere la loro considerazione unitaria, i reati in continuazione si considerano **distinti**
  ├è **UNITARIO:**
  - agli effetti della **determinazione della pena**
  - degli istituti che prendono in considerazione la pena
  - quanto al **regime della prescrizione**
  ├l'applicazione delle **circostanze** va riferita ai **singoli casi**
  └▶ **NB** la cassazione ha fissato nel 2009 un criterio generale per decidere dell'unità o pluralità di tale reato:
  "*la considerazione unitaria del reato continuato è limitata ai soli effetti previsti dalla legge (come quelli relativi alla pena) mentre per tutti gli altri effetti non espressamente indicati, la valutazione cumulativa può essere ammesse SOLO a condizione che garantisca un risultato PIU' FAVOREVOLE al reo*"

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL REGIME SANZIONATORIO DEL CONCORSO FORMALE E DEL REATO CONTINUATO

- REGOLA ex art. 81.1 cp :
  disciplina sanzionatoria del **cumulo giuridico** che prevede l'applicazione della pena che dovrebbe infliggersi per il reato più grave, aumentata sino al triplo
  - vale sia per il concorso formale che per il reato continuato

→ **PROBLEMI** che tale regola pone:
1) attinente alla determinazione del *reato più grave*
2) relativo al *computo degli aumenti*

- nozione di **REATO PIU' GRAVE**:
  - 2 orientamenti interpretativi:
    a) GRAVITA' IN CONCRETO:
    spetta al giudice individuare il reato più grave, applicando:
    - i criteri di commisurazione della pena (art. 133 cp)
    - i criteri delle circostanze aggravanti e attenuanti
    - eventuale giudizio di bilanciamento

    b) GRAVITA' IN ASTRATTO (criterio proposto dalle sezioni unite):
    il reato più grave è quello per il quale la legge prevede in astratto un trattamento sanzionatorio più severo, considerando circostanze e giudizio di bilanciamento
    - tale criterio assicura maggiore certezza applicativa in una *materia già ampiamente condizionata dal potere discrezionale del giudice*, ma in certi casi rischia di far considerare più grave il reato che, in concreto, risulta esserlo meno

- **QUANTIFICAZIONE DELL'AUMENTO**:
  può essere massimo al TRIPLO della pena prevista per il reato più grave
  - il giudice NON può aumentare la pena del reato più grave in una quantità unitaria in relazione al complesso dei reati, MA deve determinare il ***quantum*** **di aumento** di pena in relazione ad **ogni reato concorrente**
    - in questo modo, se per uno dei reati concorrenti intervenisse una causa di estinzione della pena, potrebbe essere agevolmente rideterminata la pena complessiva
  - **LIMITI** previsti per l'ampio potere discrezionale del giudice:
    1) limite **massimo:**
    la pena non può essere superiore a quella applicabile secondo il cumolo materiale, altrimenti il cumulo giuridico si tradurrebbe in un istituto di sfavore per il soggetto
    2) limite **minimo**:
    per il reo recidivo reiterato l'aumento della pena non può essere inferiore a 1/3 di pena per il reato più grave, in conformità alla direttiva di politica criminale di aggravamento della riposta sanzionatoria per i recidivi

- **COMPUTO DELLE PENE ETEROGENEE**:
  considerato che l'aumento della pena è calcolato su quella prevista per il reato più grave, per i reati-satellite viene applicata una pena diversa da quella prevista dalla norma incriminatrice
  - **NB** la *pena legale* non è solo quella prevista dalla singola fattispecie incriminatrice, ma anche quella che deriva dall'applicazione di tutte le regole che la disciplinano (incluso l'art. 81 cp)
  - il problema non sta nella violazione del principio di legalità, ma nell'evitare che il cumulo giuridico (in contrasto con la sua *ratio*) si traduca in un trattamento sfavorevole per il soggetto
  - è necessario distinguere **2 TIPI** DI ETEROGENEITA' DELLE PENE:
    a) pene di **SPECIE DIVERSA** (multa o ammenda, reclusione o arresto):
    l'applicazione dell'art. 81 conduce sicuramente a una situazione di maggior favore per il reo

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) pene di **GENERE DIVERSO** (pene detentive e pecuniarie)**:**

- ♦ il reato più grave è punito con la reclusione e vi concorre un delitto punito con la multa; l'applicazione del cumulo giuridico obbligherebbe ad aumentare la pena detentiva con un trattamento sfavorevole rispetto a quello che deriverebbe dal cumulo materiale delle pene
- la giurisprudenza aveva proposto il *cumulo giuridico per addizione*, aggiungendo alla pena detentiva un *quantum* di pena pecuniaria per tener conto del reato concorrente
- la cassazione ha indicato il criterio del **cumolo giuridico per moltiplicazione**: il giudice aumenta la pena detentiva del reato più grave, e poi convertire il quantum di aumento in pena pecuniaria secondo il criterio di ragguaglio previsto dall'art. 135 cp
  - ♦ pena base per il reato più grave sono 6 mesi di reclusione, aumentata di 10 giorni per effetto della continuazione del reato satellite punito con la multa, e convertita in 2500euro di multa; anche qualora il reato satellite fosse punito con l'ammenda, l'aumento di pena della reclusione andrebbe comunque convertito in multa

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

FUNZIONI DELLA PENA

LA SANZIONE PENALE

- PENE: rappresentano le *sanzioni del diritto penale* e consentono di identificare i fatti costituenti reato nella prospettiva formalistica accolta dal nostro ordinamento
- CARATTERI:

1) **AFFLITIVITA':**
   hanno un carattere *necessariamente* afflittivo, e questo è l'elemento che le differenzia dalle altre sanzioni previste
2) **PERSONALISMO**:
   ex art. 27.1 cost è necessario un coefficiente soggettivo, che assicuri il principio di colpevolezza e la *dimensione personale* della pena
   - si traduce in una serie di CONNOTATI della sanzione penale:
     a) capacità di **incidere sui beni fondamentali dell'individuo**:
        la pena si traduce in forme di limitazione della libertà personale, in modo diretto (pene detentive) o indiretto (pene pecuniarie, che in caso di insolvenza si convertono in sanzioni limitative della libertà)
     b) **criteri di commisurazione** (ex art. 133):
        a differenza di quanto avviene in ambito civile, prendono in considerazione anche elementi desumibili dalla personalità dell'autore
     c) carattere **infamante**

- **NB** il personalismo della pena e in particolare la sua capacità di incidere sui beni dell'individuo, portano a prevedere una serie di **GARANZIE SOSTANZIALI e PROCESSUALI rafforzate** rispetto a quelle che caratterizzano l'applicazione di altre sanzioni

LE TEORIE SULLE FUNZIONI DELLA PENA

- rappresentano il fulcro dell'indagine del **rapporto tra autorità e singoli,** oggetto di un dibattito interdisciplinare

- tradizionalmente si contrappongono:
  a) **TEORIE ASSOLUTE**:
     inflizione della sanzione si giustifica per il solo fatto che il reato è stato commesso e l'autore ne risulta responsabile
     - si punisce ***quia peccatum est***
     - a questo filone appartengono le TEORIE RETRIBUTIVE nelle loro diverse varianti
  b) **TEORIE RELATIVE**:
     la pena si giustifica in relazione allo scopo di prevenire la commissione di reati, rivolgendosi ora a tutti i consociati (*prevenzione generale*), ora all'autore del reato (*prevenzione speciale*)
     - TEORIE PREVENTIVE

TEORIA RETRIBUTIVA

- la pena ha la funzione di **compensare la colpevolezza del reo** e per questo solo se ne giustifica l'applicazione

→ se la pena fosse preventiva verrebbe violata *la dignità* del reo

- ORIGINE:
  delegazione a un soggetto terzo della potestà punitiva
- VARIANTI:
  a) RETRIBUZIONE **MORALE**:
     Kant – pena come un *imperativo categorico* che andava a compensare la violazione del principio etico
     - necessità inderogabile della pena, priva di ogni finalità preventiva
  b) RETRIBUZIONE **GIURIDICA**:
     Hegel: pena come riaffermazione simbolica dell'ordine giuridico violato
- CRITICHE:
  1) lo stato NON deve retribuire alcunchè, ma **garantire l'esistenza e lo sviluppo della convivenza associata**
  2) tale teoria NON propone un **diritto penale del fatto**:
     è compatibile anche con sistemi penali a vocazione illiberale, come il diritto penale d'autore

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

– ASPETTI POSITIVI:
  1) divieto di **strumentalizzazione della persona** umana per fini di prevenzione della criminalità
  2) principio di **proporzione** tra pena, disvalore del fatto e colpevolezza del soggetto per il fatto (sent. 364/88)

TEORIA DELLE PREVENZIONE GENERALE

└la pena ha la funzione di distogliere i consociati dalla commissione di reati

→ la sanzione si rivolge alla generalità dei soggetti che non hanno ancora commesso il reato

– DUPLICE **ACCEZIONE**:
  a) prevenzione generale **NEGATIVA**:
     pena opera come **deterrenza e intimidazione**
     └CRITICHE:
  - **strumentalizzazione** dell'autore dell'autore del reato, la cui dignità verrebbe lesa a fini di prevenzione della criminalità
  - una pura logica di deterrenza rischia di produrre un **aumento esasperato** dei livelli sanzionatori, sul presupposto che all'innalzamento delle pene corrisponda anche maggiore efficacia deterrente

  b) prevenzione generale **POSITIVA**:
     l'indicazione delle condotte vietate svolge una **funzione di orientamento culturale** dei consociati
     ├il rispetto delle norme penali non deriva dalla minaccia della pena, ma dallo spontaneo adeguamento dei consociati al rispetto degli interessi tutelati dalle norme penali
     ├le norme penali svolgerebbero una funzione di socializzazione analogamente ad altre istituzioni sociali, come la famiglia e la scuola
     └CRITICA:
     la disapprovazione **legale** non sempre è uguale alla disapprovazione **sociale**

TEORIA DELLE PREVENZIONE SPECIALE

└la pena ha la funzione di impedire che chi ha già commesso un reato, ne torni a commettere altri in futuro

→ ***punitur ne peccetur***

– DUPLICE ACCEZIONE:
  a) prevenzione speciale **NEGATIVA**:
     la prevenzione si realizza attraverso la **neutralizzazione o incapacitazione** della pericolosità del soggetto
     └può trattarsi di incapacitazione *materiale* (carcere) *giuridica* (*sanzioni interdittive*)

  b) prevenzione speciale **POSITIVA**:
     la pena svolge una funzione di recupero dell'autore del reato attraverso una **rieducazione**
     ├in passato la si considerava in termini di *emenda*: la pena dovrebbe essere a far rielaborare internamente all'autore del reato il significato offensivo del fatto commesso (ma si obietta che lo stato non può permettersi di andare ad indagare quella sfera interiore)
     └**NB** la prevenzione va più correttamente intesa come *rieducazione* del condannato al rispetto dei valori condivisi dalla convivenza associata

– CRITICHE:
  1) sanzione non proporzionata al fatto, ma **parametrata alla pericolosità** dell'autore
  2) rischio di programmi di **manipolazione** del condannato

– ASPETTI POSITIVI:
  1) esecuzione della pena **incentrata sull'umanità** del trattamento e prende in considerazione la **personalità dell'autore**
  2) tiene conto della **corresponsabilità della società** nella genesi del reato
     └nella misura in cui il reato non è solo il risultato di scelte individuali, ma della interazione tra queste e fattori familiari, sociali ed economici

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

POLIFUNZIONALITA' DELLA PENA

└oggi la dottrina maggioritaria riconosce la compresenza delle diverse funzioni (scopi punitivi, di prevenzione generale, e di prevenzione speciale)

- **NB** PROBLEMA coordinare le diverse funzioni allo scopo di evitare che il prevalere di uno scopo ne annulli un altro
  └il legislatore fa prevalere di volta in volta l'una o l'altra finalità della pena

→ la corte costituzionale esplicita la necessità di un SISTEMA SANZIONATORIO **FLESSIBILE**, potenzialmente idoneo a plasmare i singoli istituti in funzione delle diverse esigenze

- **PRINCIPI CARDINE** del sistema sanzionatorio:
  1) la pena non può che assolvere ad una **FUNZIONE PREVENTIVA**:
     lo stato deve tutelare i consociati dall'aggressione ai beni giuridici
  2) **PRINCIPIO DI PROPORZIONE:**
     ex artt. 3 e 27.1 cost costituisce una garanzia inviolabile, in relazione al disvalore del fatto e alla colpevolezza del soggetto
  3) **RIEDUCAZIONE** del condannato:
     ex art. 27.3 viene considerata la *funzione di prevenzione speciale* che si esplica nel fatto che:
     - lo stato debba mettere in campo **tutti gli strumenti** per assicurare la rieducazione
     - lo stato debba garantire la **risocializzazione** del reo e il recupero di certi valori
       └accezione propria della rieducazione

FASI DEL PERCORSO SANZIONATORIO

1) COMMINAZIONE LEGALE
2) COMMISURAZIONE GIUDIZIALE
3) APPLICAZIONE GIUDIZIALE
4) ESECUZIONE

COMMINATORIA EDITTALE DELLA PENA

└la valutazione rispetto a quale pena e i limiti edittali adeguati rispetto all'interesse da tutelare spetta al legislatore

- **NB** quando il legislatore incrimina un certo fatto, la pena assume una **funzione di prevenzione GENERALE** sia positiva che negativa
  └tutela i beni giuridici e previene punizioni arbitrarie
- **EFFICACIA** PREVENTIVA GENERALE**:**
  NON dipende necessariamente *dell'aumento dei livelli edittali di pena***,** MA dalla **PROPORZIONE della sanzione**
  ├non sono un maggior deterrente né pene sproporzionate né limiti edittali altissimi
  └PRINCIPIO DI PROPORZIONE:
  - mezzo, basato sulla **qualità e quantità** della pena, che individua la pena in astratto da comminare e che indica il **differente valore** attribuito dall'ordinamento ai beni giuridici offesi
  - parametro di **ragionevolezza** affidato al prudente apprezzamento da parte del legislatore e che consente di sindacare ex art. 3 cost la fondatezza dell'equiparazione o della differenziazione del trattamento sanzionatorio previsto per la tutela di beni giuridici diversi o per sindacare il divario tra limiti edittali
- la funzione di prevenzione generale consente di *delegittimare* pene del tutto **INEFFICACI**:
  - o perché sproporzionate per difetto
  - o perché *ineffettive*, in quanto nei consociati non è introiettato il disvalore espresso dalla norma penale
    ├**NB** l'efficacia della prevenzione generale positiva aumenta se i fatti punibili corrispondono ad offese di **interessi ritenuti meritevoli** di tutela nel più ampio panorama sociale
    └ è implicata una continua dialettica tra diritto e valori dominanti
- la funzione preventiva generale varia in base al SOGGETTO DESTINATARIO:
  a) fortemente ridotta rispetto a delinquenti intenzionali, spesso insensibili alla minaccia della pena e alla forza del suo orientamento culturale
  b) rispetto alle persone generalmente rispettose della legge, rileva soprattutto la prevenzione generale positiva

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **NB** secondo la dottrina tradizionale, nel momento della previsione legale della pena, la funzione rieducativa non opera, ma dovrebbe essere considerata nella fase esecutiva
  - questa lettura è stata superata dalla giurisprudenza costituzionale che ha chiaramente riconosciuto alla **prevenzione speciale** un **ruolo** essenziale già in fase di **comminazione** in astratto delle pene: "*le pene già nella loro previsione astratta non sono strutturate in modo da escludere a priori la rieducazione del condannato, ma viene prevista una diversificazione del trattamento sanzionatorio già in fase edittale*"

COMMISURAZIONE E APPLICAZIONE GIUDIZIALE

- **NB** la funzione di **PREVENZIONE GENERALE**
  - NON può rilevare in sede di **commisurazione giudiziale**
    - come criterio di commisurazione della pena porterebbe all'ipotesi di *condanne esemplari* (con violazione dei sopracitati principi costituzionali)
  - SI concretizza nell'**applicazione** della pena:
    - **funzione di *asseverazione:*** se la pena, minacciata in astratto, non fosse applicata sarebbe frustrata la funzione general preventiva
      - la sua efficacia dipende anche dalla *disciplina processuale*: tanto più questa sarà in grado di assicurare la condanna temporalmente ravvicinata rispetto alla commissione del fatto, tanto maggiore sarà l'effetto deterrente
      - ▶ Beccaria: *pene meno severe, ma più rapide e certe*
- **PROPORZIONE** (essenziale anche in sede di commisurazione):
  - rispetto alla gravità del fatto concreto e alla colpevolezza del soggetto (ex art. 3 e 27 cost)
  - inoltre solo una sanzione proporzionata al reato commesso può costituire il presupposto per avviare quel rapporto dialogico tra potere punitivo e i suoi destinatari, alla base della funzione rieducativa
  - nella sent 364/88 la corte ha definito la *pena proporzionata* come un *limite invalicabile delle esigenze preventive della politica criminale*, che possono consentire per esigenze di prevenzione speciale, l'applicazione *in favorem rei* di una pena meno severa*
- **NB** la funzione di **PREVENZIONE SPECIALE**:
  - la sent cost 313/1990 ne ha riconosciuto un *ruolo trasversale*, *da quando nasce nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue*
  - *la dottrina prevalente le riconosce la capacità di giustificare una *pena inferiore* a quella che appare proporzionata rispetto al reato commesso, ma *mai superiore*
    - ♦ il giudice a fronte dell'occasionalità del fatto o dell'età dell'autore potrebbe valutare adeguata una pena più bassa per esigenze di non desocializzazione (evitare che l'esperienza in carcere abbia effetti criminogeni)
    - ♦ al contrario, il giudice non potrebbe applicare una pena più elevata, ritenendo che solo un trattamento in carcere più lungo possa assicurare la rieducazione dell'individuo

FASE ESECUTIVA

- in questa fase svolge un ruolo preminente la **funzione RIEDUCATIVA**
- sent. cost 204/1974: "*diritto per il condannato a che, verificandosi le condizioni poste dalla norma di diritto sostanziale, il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo*"
- per finalità **SPECIAL PREVENTIVA** la pena deve essere necessariamente **flessibile:**
  - la valutazione deve essere sempre fatta in base all'individuo
  - non può essere escluso l'accesso a benefici penitenziari per il semplice titolo di reato
- NON è presente la funzione PREVENTIVA GENERALE

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

PENE

PRINCIPIO DI LEGALITA'

└insieme a tutti i suoi sotto-principi (riserva di legge, determinatezza, tassatività ed irretroattività) trova applicazione *anche in relazione alle pene*

- RISERVA DI LEGGE ex artt. 1 cp, 25.2 cost
  └la corte costituzionale l'ha considerata una riserva **assoluta**, non essendo ammesso alcun rinvio ad una fonte subordinata
- PRINCIPIO DI DETERMINATEZZA:
  fa sì che le pene siano **predeterminate nella durata massima**
  └**NB** nella parte generale ci sono le norme che fissano, in relazione alle singole pene, i limiti edittali minimi e massimi, che operano in chiave **integrativa** in mancanza di altre indicazioni
  nelle fattispecie di parte speciale, le norme vanno integrate

→ MODALITA' DI INDIVIDUAZIONE della pena più adeguata ai principi costituzionali:

1) **fissazione di limiti** edittali minimi e massimi
2) attribuzione al **potere discrezionale** del giudice della determinazione in concreto della pena
   in questo modo si può tener conto delle specificità oggettive e soggettive del fatto, e della personalità dell'autore (in conformità con l'art. 3 cost), in modo da tendere alla sua rieducazione
   NB solo una pena che sia ADEGUATA AL CASO CONCRETO è in linea con il quadro costituzionale
   no previsioni sanzionatorie rigide

- CENSURA sotto il profilo della legittimità costituzionale di una pena:
  solo in presenza di una **manifesta irragionevolezza** del trattamento sanzionatorio
  └è richiesto in questo caso la presenza di un *tertium comparationis,* cioè la disciplina di un caso analogo a quello oggetto di incriminazione, che preveda un trattamento sanzionatorio irragionevolmente ≠ (elemento per evitare illegittime interferenze nella sfera di scelte di politica sanzionatoria riservate al legislatore)
  più recentemente la corte ha avviato il sindacato di legittimità *prescindendo dal tertium comparationis* avviandosi su un terreno scivoloso che rischia di invadere le attribuzioni del legislatore

EVOLUZIONE DEL SISTEMA SANZIONATORIO

ABOLIZIONE DELLA PENA DI MORTE

- nel codice Zanardelli non era presente
  └era stata ripristinata nel '26 in relazione ad alcuni reati di natura politica, nella logica di neutralizzazione degli avversari del regime fascista
- nel codice Rocco era inclusa tra le **pene principali,** specialmente per i reati contro la personalità dello stato, la persona e l'incolumità pubblica
- con la caduta del regime fascista, venne abolita per tutti i reati previsti dal cp, e mantenuta solo per i **reati di collaborazione con nazisti e fascisti**
- con l'entrata in vigore della costituzione l'ambito di applicazione venne ulteriormente ristretto ex art. 27.4 cost: *"non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra"*
- nel '94 con legge ordinaria viene **sostituita con l'ergastolo**
- nel 2007 viene modificato l'art. 27.4 e la si abolisce per tutti i reati
- nel 2003 prevista l'abolizione anche da un protocollo CEDU

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL SISTEMA SANZIONATORIO CARCEROCENTRICO DEL CODICE ROCCO

- 1° DISTINZIONE:
  a) **PENE PRINCIPALI**:
     previste indefettibilmente per ciascun reato
  b) **PENE ACCESSORIE:**
     non possono essere applicate isolatamente, ma sono ancillari rispetto alle pene pricipali
- 2° DISTINZIONE (ex art. 17 cp):
  a) pene **PER I DELITTI**:
     - ergastolo
     - reclusione
     - multa
  b) pene **PER LE CONTRAVVENZIONI:**
     - arresto
     - ammenda
- 3° DISTINZIONE:
  a) pene **DETENTIVE**:
     - ergastolo
     - reclusione
     - arresto
  b) pene **PECUNIARIE**:
     - multa
     - ammenda
- **NB** i reati possono essere sanzionati:
  a) con **previsione esclusiva**:
     solo pena detentiva o pena pecuniaria
  b) con **previsione congiunta**:
     pena detentiva + pena pecuniaria
  c) con **previsione alternativa:**
     o pena detentiva o pena pecuniaria

- ISTITUTI DI **FLESSIBILI** del sistema sanzionatorio previsti nel 1930:
  1) sospensione condizionale della pena
  2) liberazione condizionale della pena

→ sistema fortemente CARCERO-CENTRICO
  1) il codice Rocco attribuiva alla pena **carattere retributivo e deterrente**
  2) erano previste solo pene principali di tipo **detentivo**
  3) nessuno spazio alla rieducazione
     └carcere come ambiente totalitario, in cui l'obbligo di lavoro previsto aveva un contenuto sostanzialmente afflittivo, in un clima di violenza e degrado

- con l'entrata in vigore della costituzione CAMBIA L'APPROCCIO al sistema sanzionatorio

→ **RIFORME DELL'ORDINAMENTO PENITENZIARIO**

1) l.354/1975
   2 direzioni:
   a) **disciplina ESECUZIONE DELLA PENA DETENTIVA:**
      - detenuti e internati (chi sconta misura di sicurezza) sono titolari di diritti
      - valorizzato il lavoro con funzione rieducativa sia all'interno che all'esterno del carcere
      - previste alcune garanzie giurisdizionali

      └situazione oggi molto critica per via del *sovraffollamento* (sent Torreggiani, Italia messa in mora dalla CEDU)
   b) **introduzione delle MISURE ALTERNATIVE alla detenzione:**
      misure che permettano percorsi extracarcerari o parzialmente fuori dal carcere in modo da conciliare le esigenze rieducative e le esigenze di sicurezza
2) l. 689/1981:
   introduzione di sanzioni **sostitutive** delle pene detentive **brevi**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

3) dlgs 274/2000:
   nuovi strumenti del sistema sanzionatorio, come la **permanenza domiciliare**, il **lavoro di pubblica utilità**..
   + ampliamento dell'ambito di applicazione della **pena pecuniaria**
4) dl 92/2014:
   per affrontare il problema del sovraffollamento:
   - introduzione di strumenti di **rimedio risarcitorio** per chi ne è vittima
   - rimedi per ampliare le misure alternative
5) nel 2013, con modifiche apportate nel 2014, è stato introdotto il **garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale**: autorità collegiale di garanzia avente la funzione di vigilare, attraversi diversi e penetranti poteri, su ogni forma di privazione della libertà attuata

LE PENE PRINCIPALI

L'ERGASTOLO

art. 22 **L'ergastolo**:

"La pena dell'ergastolo è perpetua, ed è scontata in uno degli stabilimenti a ciò destinati, con l'obbligo del lavoro e con l'isolamento notturno.
Il condannato all'ergastolo può essere ammesso al lavoro all'aperto"

→ è una pena **perpetua** prevista per alcuni reati contro:
- la personalità dello stato
- l'incolumità pubblica
- la vita

– previsione dell'ISOLAMENTO NOTTURNO
  - abrogazione della parte del c.1 in cui lo prevedeva come modalità di esecuzione dell'ergastolo
  - modalità in conflitto con le previsioni dell'art. 6 ord. penit. che prevede la possibilità per i detenuti di **pernottare in camere** dotate di uno o più posti

– previsione dell'ISOLAMENTO DIURNO
  - l'isolamento diurno non può ad ogni modo escludere la partecipazione del detenuto alle **attività lavorative**
  - in alcuni casi di **concorso di reati** o di **reato continuato**:
    a) nel caso di più delitti per ciascuno dei quali deve infliggersi l'ergastolo, l'isolamento diurno va da 6 mesi a 3 anni
    b) in caso di delitto punito con l'ergastolo in concorso con uno o più delitti che importano pene detentive temporanee per un tempo complessivo a 5 anni, l'isolamento diurno va 2 a 18 mesi

– in caso di GIUDIZIO ABBREVIATO:
  - in un primo momento era previsto che in questo caso:
    1) alla pena dell'ergastolo si sostituisse quella della reclusione di anni 30
    2) all'ergastolo con isolamento diurno, l'ergastolo semplice
  - nel 2019 la materia è stata ridisciplinata ed è stato **escluso** il giudizio abbreviato nel caso in cui debba essere disposta la pena dell'ergastolo
    introduzione di un'irragionevole **disparità di trattamento** nella fruizione del rito alternativo

– **NB** la DISCIPLINA dell'ergastolo si è caratterizzata per il **progressivo stemperamento**:
  a) del regime rigidamente detentivo
  b) della durata perpetua della pena

– il REGIME DETENTIVO:
  l'ordinamento penitenziario consente ai condannati di usufruire dopo l'espiazione di almeno 10 anni:
  1) dei **permessi premio**
  2) del **lavoro esterno**
  + dopo l'espiazione di almeno 20 anni della **semilibertà**

– DURATA:
  è prevista la possibilità per il condannato di usufruire della **liberazione condizionale**, quando:
  1) abbia scontato almeno 26 anni di pena
  2) abbia tenuto un comportamento tale da *far ritenere sicuro il ravvedimento* (ex art. 176.3 cp)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE:
  l'**allentamento della disciplina** ha permesso alla corte di superare i dubbi di legittimità, che nascevano dal fatto che *non fosse compatibile con la **funzione rieducativa** della pena*
  intesa come effettiva possibilità di **risocializzazione**
  ARGOMENTI con cui la corte ha affermato la legittimità in relazione all'art. 27.3:
  1) **teoria polifunzionale** della pena:
     funzione della pena non è il solo riaddattamento sociale del condannato
  2) carattere astrattamente perpetuo della pena non è tale alla luce della disciplina applicabile, dal momento che l'ergastolano di cui sia sicura la rieducazione può accedere alla **liberazione condizionale,** che permette il reinserimento nella società civile
- PROFILI PROBLEMATICI:
  1) una **pena *perpetua*** difficilmente si concilia con il **divieto di pene contrarie al senso di umanità**
     incompatibilità sia con l'art. 27.3 che con l'art. 3 CEDU
     NB la CEDU richiede il rispetto di alcuni parametri per il rispetto delle garanzie convenzionali da parte delle pene perpetue:
     a) non deve trattarsi di pena gravemente o manifestamente sproporzionata rispetto al reato commesso
     b) deve essere prevista la possibilità di un rilascio anticipato
  2) in quanto **pena *fissa*** non sarebbe compatibile con i principi costituzionali ex artt. 3 e 27.1,3 cost
     NB la corte costituzionale, pur privilegiando pene determinate entro limiti edittali minimi e massimi, ha legittimato, anche se in termini residuali le pene fisse
  3) **ergastolo ostativo**, cioè le forti restrizioni nell'accesso alla libertà condizionale per i condannati all'ergastolo in relazione ai reati di criminalità organizzata

→ **NB** la difficoltà di individuare una *sicura base costituzionale* per delegittimare questa pena, mostrano come la questione vada affrontata sul **piano politico**
nell'81 al referendum per l'abolizione 77% di contrari

- in caso di MINORENNI imputabili:
  l'ergastolo **non si applica**
  la corte ha considerato il netto contrasto con la particolare **necessità rieducativa** del minore (ex art. 31 cost)

LE ALTRE PENE DETENTIVE

1) per i *delitti*, oltre all'ergastolo, è prevista la **RECLUSIONE**
2) per le *contravvenzioni*, è previsto l'**ARRESTO**

- DIFFERENZE:
  1) in merito alla possibilità di accedere alle **misure alternative**
  2) sul piano della **ripartizione dei detenuti** (sulla base di quanto prevede l'ord. penit.)
- LIMITI EDITTALI:
  a) ex art. 23 cp, la reclusione si estende da **15 giorni a 24 anni**
  b) ex art. 25 cp, l'arresto si estende da **5 giorni a 3 anni**
  NB si tratta di limiti **derogabili** dal legislatore in relazione a particolari figure criminose:
  es il sequestro a scopo di estorsione e di terrorismo o di eversione che prevedono la pena della reclusione da 25 a 30 ani

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

PENA PECUNIARIA

└consiste in un pagamento fatto allo stato di una somma di denaro entro i limiti minimi e massimi stabiliti ex lege

a) per i *delitti* è la **multa**
b) per le *contravvenzioni* è l'**ammenda**

art. 27 cp **Pene pecuniarie fisse e proporzionali:**

"*La legge determina i casi nei quali le pene pecuniarie sono fisse e quelli in cui sono proporzionali. Le pene pecuniarie proporzionali non hanno limite massimo*"

- DETERMINAZIONE LIMITI:
  qualora la pena prevista per il reato non indichi limiti minimi o massimi, si deve far riferimento ai limiti generali:
  a) ex art. 24 cp, la multa può oscillare tra un minimo di **50 euro** a un massimo di **50.000 euro**
  b) ex art. 26 cp, l'ammenda può variare da un minimo di **20 euro** ad un massimo di **25.000 euro**
  tali limiti **non vincolano** il legislatore, che ha la facoltà di prevedere multe o ammende superiori per specifici reati
  NB in particolare non soggiacciono ai limiti edittali previsti le **pene pecuniarie PROPORZIONALI** (art. 27 cp), il cui ammontare è determinato da un **moltiplicatore** individuato dalla fattispecie concreta (es in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro)
- in caso di delitti determinati da MOTIVI DI LUCRO:
  ex art. 24.2 cp è previsto che, se la legge stabilisce solo la pena della reclusione, il giudice possa **aggiungere** la **multa da 50 a 25.000euro**
- RATEIZZAZIONE:
  rate mensili da 3 a 30 euro che il giudice ex art. 133-*ter* che il giudice può disporre in relazione alle condizioni economiche del condannato per il pagamento della multa o dell'ammenda
  NB può essere concessa sia a coloro che versano in temporanea difficoltà di pagamento sia al soggetto non abbiente, e può in ogni momento essere estinta mediante un unico pagamento
- RAGGUAGLIO TRA PENE PECUNIARIE E PENE DETENTIVE:
  ex art. 135 cp, il computo ha luogo calcolando **250euro** o una **frazione di 250euro**, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva
  in caso di **insolvibilità del condannato,** gli artt. 102 e 105 della l. 689/1981 stabiliscono che le pene di CONVERSIONE, sostitutive della pena pecuniaria siano:
  a) la **libertà controllata**
     └per ogni giorno di libertà controllata è fissato il criterio di ragguaglio di 250 euro
  b) il **lavoro sostitutivo**, su richiesta del condannato
     └per ogni giorno di lavoro sostitutivo 25euro (reso meno appetibile)
  (il condannato può sempre far cessare la pena sostitutiva pagando tutta la multa o l'ammenda)
- LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE:
  in merito alla compatibilità tra questa pena e la **funzione rieducativa** della pena
  la corte costituzionale non la esclude, ma ne allenta il legame in virtù di 2 ARGOMENTI:
  1) **polifunzionalità della pena**
     └la congruità della pena con la funzione rieducativa va rinvenuta nella funzione di **intimidazione**
  2) relega la portata del principio costituzionale alla fase esecutiva
- STATO DI CRISI della pena pecuniaria:
  - se ne è ridotto l'impiego a seguito dei processi di depenalizzazione che hanno interessato proprio i reati puniti con pena pecuniaria, alcuni dei quali sono stati trasformati in illeciti amministrativi
  - soffre di un grave **deficit di effettività**: la percentuale delle pene pecuniarie effettivamente riscosse dallo stato si assesta al 3% delle condanne a tale pena

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

PENE ACCESSORIE

└pene che compaiono su un piano secondario, di carattere **essenzialmente interdittivo**, cioè consistono in una privazione di determinati diritti o facoltà o nella limitazione del loro esercizio

- FUNZIONI:
  a) DI **PREVENZIONE GENERALE**:
     possono prestare un carico afflittivo maggiore delle pene principali, specie nei casi in cui l'interdizione colpisce lo svolgimento di un'**attività professionale**
  b) DI **PREVENZIONE SPECIALE**:
     non tanto in termini di rieducazione, quanto piuttosto di **incapacitazione**, privando il soggetto di svolgere determinate attività, e di **intimidazione**
- sono ELENCATE all'art. 19.1 cp, distinguendo quelle specifiche per i delitti e quelle per le contravvenzioni
  └il c.2 specifica che sono contenuti nella legge penali i casi in cui le pene accessorie sono comuni a tutti i reati
- CARATTERISTICHE delle pene accessorie:
  1) **collegamento alle pene principali**
  2) **maggior automatismo**
     └si manifesta attraverso una *ridotta discrezionalità* del giudice, che:
     - è tenuto ad infliggere la pena accessoria in presenza dei presupposti stabiliti dalla legge
     - spesso vincolato nella determinazione della loro durata
- DURATA:
  se non è esplicita, ex art. 37 cp è uguale a quella della pena principale
- **NB** l'EFFICACIA PREVENTIVA è stata fortemente **depotenziata** a seguito della riforma della ***sospensione condizionale della pena***, che con la l.19/1990, è stata **estesa** la sospensione anche alle pene accessorie, privandole del contenuto sanzionatorio che assicuravano
  └da parte della dottrina viene incoraggiata una riforma dell'attuale disciplina della sospensione condizionale, garantendo al giudice la possibilità di valutarne l'ampiezza degli effetti
- in caso di **REATO CONTINUATO**, nel commisurare la durata della pena accessoria a quella principale, deve farsi riferimento alla **pena base inflitta per la violazione più grave**, come determinata per effetto del bilanciamento tra circostanze attenuanti e aggravanti (non a quella complessivamente individuata tenendo conto dell'aumento per la continuazione)
- **NB** vanno distinte dalle SANZIONI AMMINISTRATIVE, che talvolta seguono alla commissione di un reato e che possono avere analogamente alle pene accessorie, contenuto interdittivo
  ♦ sanzione della sospensione della patente di guida che segue all'accertamento della contravvenzione di guida sotto l'influenza di alcool
  └non trattandosi di pena accessoria questa sanzione non è sospesa in caso di concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE NELLA COMMISURAZIONE DELLA PENA

art. 132 cp **Potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena: i limiti**

"Nei limiti fissati dalla legge, il giudice applica la pena discrezionalmente; esso deve indicare i motivi che giustificano l'uso di tale potere discrezionale.

Nell'aumento o nella diminuzione della pena non si possono oltrepassare i limiti stabiliti per ciascuna specie di pena, salvi i casi espressamente determinati dalla legge"

→ il potere discrezionale deve:

1) attenersi ai **limiti edittali** fissati dal legislatore
2) essere **MOTIVATO** in sentenza:
   - molto spesso la motivazione si riduce a un mero rinvio agli artt. 132, 133 cp
   - la motivazione deve essere dettagliata soprattutto
     - quando si applica il massimo edittale
     - per specifiche richieste della difesa

– CRITERI per l'esercizio del potere discrezionale:

art. 133 cp **Gravità del reato: valutazione agli effetti della pena**

"Nell'esercizio del potere discrezionale indicato nell'articolo precedente, il giudice deve tener conto della gravità del reato, desunta:

1) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità dell'azione;

2) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato;

3) dalla intensità del dolo o dal grado della colpa.

Il giudice deve tener conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta:

1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo;

2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato;

3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato;

4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo."

→ **2 CATEGORIE DI CRITERI**:

1) GRAVITA' DEL REATO:
   deve essere desunta:
   a) dalla natura, dalla specie, dai mezzi, dall'oggetto, dal tempo, dal luogo e da ogni altra modalità di azione
   b) dalla gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato
   c) dall'intensità del dolo o dal grado della colpa
2) CAPACITA' A DELINQUERE DEL SOGGETTO:
   deve essere ricavata:
   a) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo
   b) dai precedenti penali e giudiziari e dalla condotta e dalla vita del reo, antecedenti al reato
   c) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato
   d) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo

– **NB** la **NOZIONE di *capacità a delinquere*** è discussa dal momento che il legislatore non la definisce:
  - questo elemento lo si interpreta in **chiave prognostica**, come possibilità che il soggetto commetta altri fatti di reato
  - NON va confusa con la ***pericolosità sociale*** che l'art. 203 cp definisce come la probabilità che il soggetto commetta in futuro nuovi fatti di reato, ANCHE SE si presenta come una capacità a delinquere di **particolare intensità**
    → la capacità a delinquere richiede un giudizio di **mera possibilità** a commettere reati
    → la pericolosità sociale richiede un giudizio di **probabilità**

– **NB** il LIMITE DELL'ART. 133 sta nella **mancata previsione di criteri FINALISTICI** che siano di GUIDA al giudice nella lettura dei diversi CRITERI FATTUALI, che si possono prestare a **differenti letture**

♦ le condizioni di vita individuale, familiare e sociale possono incidere diversamente a seconda della funzione che si riconosca alla pena: se si valorizza la funzione retributiva, un contesto ambientale degradato segnala una minore colpevolezza dell'autore, mentre lo stesso fattore in una prospettiva di prevenzione speciale, potrebbe portare il giudice a una pena più elevata

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

→ per sopperire alla *lacuna* si è proposto di far riferimento alle **FUNZIONI** che la sanzione penale persegue in fase di commisurazione della pena:
  └il primo criterio da seguire è quello della **proporzionalità** della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'agente, che costituisce anche un *limite per l'innalzamento* delle pene *per ragioni di prevenzione*

– problemi specifici sono dati dalla commisurazione della **PENA PECUNIARIA**, il cui ammontare viene stabilito:
  1) sempre sulla base dell'art. 133 cp
  2) sulla base delle previsioni ex art. 133-*bis*:

art. 133-*bis* **Condizioni economiche del reo; valutazione agli effetti della pena pecuniaria:**

"*Nella determinazione dell'ammontare della multa o dell'ammenda il giudice deve tener conto, oltre che dei criteri indicati dall'articolo precedente, anche delle condizioni economiche del reo.*
Il giudice può aumentare la multa o l'ammenda stabilite dalla legge sino al triplo o diminuirle sino ad un terzo quando, per le condizioni economiche del reo, ritenga che la misura massima sia inefficace ovvero che la misura minima sia eccessivamente gravosa"

→ si parla di SISTEMA DI COMMISURAZIONE **A SOMMA COMPLESSIVA**, in quanto le **condizioni economiche** sono valutate **unitariamente** ai parametri che presiedono alla quantificazione in termini sanzionatori della responsabilità penale
  └**NB** proprio questa *valutazione unitaria* costituisce il punto **debole** della disciplina, perché NON consente di considerare in modo adeguato, le **condizioni economiche** del reo che influenzano inevitabilmente l'efficacia della sanzione pecuniaria

→ il sistema più razionale e utile sarebbe quello DI COMMISURAZIONE **PER TASSI GIORNALIERI**, in cui la pena pecuniaria è prevista dalla legge entro limiti edittali di quote giornaliere, e il giudice deve determinare il numero delle quote in ragione della gravità del fatto e della colpevolezza del soggetto
  ├**NB** il valore di ogni singola quota è **rapportato alle condizioni economiche** del soggetto
  └è stato introdotto in 2 ambiti:
    a) nella determinazione della pena pecuniaria quale sanzione sostitutiva della pena detentiva breve
    b) nella disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato

– regola generale riguardo alle **PENE ACCESSORIE TEMPORANEE:**
  meccanismo di commisurazione tendenzialmente ancorato alla durata della pena principale inflitta ex art. 37 cp
  └**NB** se in relazione a un determinato reato la legge determina autonomi limiti edittali della pena accessoria, *non trova applicazione* ***l'automatismo*** previsto ex art. 37 cp, ma spetta al giudice commisurare autonomamente la durata della pena accessoria entro i limiti sulla base dei criteri ex art. 133 cp
    → in questo modo si **valorizza l'autonomia del potere discrezionale** del giudice in relazione a pene principali e accessorie, che hanno finalità differenti

SANZIONI SOSTITUTIVE DELLA PENA DETENTIVA BREVE

└sono: 1) la **pena pecuniaria**
  2) la **libertà controllata**
  3) la **semidetenzione**

– **NB** le PENE DETENTIVE DI BREVE DURATA sono da tempo al centro dell'attenzione della dottrina, che spesso ne ha evidenziato gli **effetti negativi** sui loro destinatari per l'apprendimento dei modelli delinquenziali da parte di chi viene in contatto con l'ambiente carcerario

→ **l.689/1981** introduce SANZIONI SOSTITUTIVE:
stabilisce che:
  1) prevede che **nella stessa sentenza di condanna** alla pena detentiva, il giudice possa disporre la sostituzione della stessa con una *sanzione sostitutiva*
  2) le *misure alternative alla detenzione* sono applicate dal tribunale di sorveglianza in fase esecutiva dopo il passaggio in giudicato della sentenza

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- DISCIPLINA ATTUALE (a seguito della riforma della l. 134/2003):
  ampliamento dei limiti entro cui la pena detentiva concretamente irrogata può essere sostituita dal giudice:
  a) in caso di condanna a pena detentiva **fino a 6 mesi**, il giudice può procedere alla sostituzione con una delle 3 sanzioni indicate
  b) in caso di condanna a pena detentiva **da 6 mesi a 1 anno**, il giudice dispone SOLO della **libertà controllata** e **della semidentenzione**
  c) in caso di condanna a pena detentiva **da 1 anno a 2 anni,** può essere sostituita SOLO con la **semidetenzione**
- la **SEMIDENTENZIONE**:
  consiste nell'obbligo di trascorrere almeno 10 ore al giorno in carcere e comporta una serie di prescrizioni:
  - divieto di tenere a qualsiasi titolo armi, munizioni, esplosivi
  - sospensione della patente di guida
  - ritiro del passaporto
- la **LIBERTA' CONTROLLATA**:
  il soggetto è libero ma è gravato da divieti e prescrizioni:
  - divieto di allontanarsi dal comune di residenza, salvo autorizzazione concessa di volta in volta ed esclusivamente per motivi di lavoro, di studio, famiglia o salute
  - obbligo di presentarsi almeno una volta al giorno presso il locale ufficio di pubblica sicurezza

  + quelli previsti per la semidentenzione
- la **PENA PECUNIARIA**:
  viene disposta nella specie corrispondente alla pena detentiva sostitutiva
  - multa al posto della reclusione
  - ammenda al posto dell'arresto
- **CRITERI DI SCELTA**:
  1) FINALITA': scelta della sanzione **più idonea al reinserimento sociale** del condannato
  2) NON si può scegliere la sostituzione della pena detentiva, quando si presume che le prescrizioni **non saranno adempiute dal condannato**
  3) CRITERI DI **RAGGUAGLIO** (ex art. 57 l. 689/81)**:**
     - 1 giorno di pena detentiva equivale a **1 giorno di semidentenzione**, a **2 giorni di libertà controllata**
     - per la pena pecuniaria si utilizza la commisurazione per tassi giornalieri: per determinare l'ammontare il giudice individua innanzitutto il valore giornaliero al quale può essere assoggettato l'imputato, tenendo conto della condizione economica complessiva dell'imputato, e moltiplica poi tale valore per i giorni di pena detentiva da sostituire
- PRECLUSIONI:
  l'art. 59 della l. 689/1981 prevede alcune preclusioni di **natura soggettiva** alla sostituzione delle pene detentive brevi che tengono conto della **pericolosità del soggetto** in ragione:
  a) delle precedenti sentenze di condanna
  b) dell'applicazione di misure di sicurezza
- EFFETTI:

art. 57 l. 689/1981 **Effetti delle pene sostitutive e criteri di ragguaglio:**

"*Per ogni effetto giuridico la semidentenzione e la libertà controllata si considerano come* ***pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita.***

La pena pecuniaria si considera ***sempre come tale****, anche se sostitutiva della pena detentiva*"

→ **NB** questa disciplina ha effetti sulla REVOCA:
  a) in caso di inosservanza di una qualsiasi delle prescrizioni concernenti la semidentenzione o la libertà controllata, la restante parte della pena si converte nella **pena detentiva sostitutiva** secondo i criteri di ragguaglio
  b) poiché la pena pecuniaria si considera come tale, il mancato pagamento della stessa soggiace alla disciplina di carattere generale: conversione **in libertà controllata o lavoro sostitutivo**
- il catalogo delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi è stato arricchito dalla previsione dell'*espulsione dello straniero cittadino di stato non UE, irregolarmente presente sul territorio dello stato italiano* in presenza di particolari requisiti

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE

└sono 1) l'**affidamento in prova ai servizi sociali**
2) l'**affidamento in prova in casi particolari**
3) la **semilibertà**
4) la **detenzione domiciliare**
5) la *liberazione anticipata* (ma vi rientra solo nominalmente, presenta una fisionomia particolare)

- **NB** sono lo strumento principale per dare attuazione alla **FUNZIONE RIEDUCATIVA** della pena, una volta compresa la difficoltà di avviare un effettivo percorso educativo all'interno del carcere
- DUPLICE IMPORTANZA:
  1) **alleggeriscono il circuito carcerario**
  2) **sono più efficaci sul piano della prevenzione speciale positiva**
     └il tasso di recidiva dei soggetti che accedono alle misure alternative è notevolmente più basso rispetto a quello dei detenuti che hanno scontato la pena in carcere
- sono applicate nella **FASE DI ESECUZIONE** della sentenza di condanna a pena detentiva e sono di competenza della MAGISTRATURA DI **SORVEGLIANZA**
- **EVOLUZIONE** DELLA DISCIPLINA:
  - sono state introdotte con la riforma del '75 e poi ampliate e rafforzate negli anni successivi
  - è sempre stato un ambito molto sensibile alle *esigenze di politica criminale*, che non sempre sono state ispirate dalla prospettiva della funzione rieducativa della pena, che avrebbe dovuto esserne la *ratio* giustificatrice
  - è stata dettata dalla necessità di soddisfare 2 ESIGENZE:

  1) l'esigenza **deflattiva** a fronte del sovraffollamento crescente dei penitenziari italiani (salvi gli strumenti straordinari delle leggi di amnistia e indulto)
  2) l'esigenza di **rafforzare il senso di sicurezza collettiva**, riducendo l'accesso alle misure di sicurezza alternative in relazione a determinate tipologie di autori ritenuti preventivamente pericolosi

→ ne è derivato uno sviluppo di disciplina NON LINEARE:

a) momenti in direzione di un AMPLIAMENTO delle misure alternative:
   1) **legge Gozzini** (dell'86):
      in particolare ha introdotto al misura della detenzione domiciliare
   2) **legge Simeone-Saraceni** (del 98):
      ha ampliato la possibilità di accesso alle misure alternative dallo stato di libertà, evitando al condannato un periodo di permanenza in carcere

b) momenti in direzione di CHIUSURA e IRRIGIDIMENTO:
   NB LOGICA di politica criminale alla base: potenziamento della funzione di prevenzione speciale negativa
   1) nel '91 il legislatore ha porre forti restrizioni, **differenziando i presupposti di accesso** alle misure alternative
      ♦ per gli autori di reati in materia di **criminalità organizzata** limitazioni per la concessione dei benefici penitenziari
   2) la **legge Cirielli** ha posto limiti di accesso nei confronti dei recidivi, specie dei recidivi reiterati ex art. 99.4, attraverso innalzamento degli aumenti di pena in caso di riconoscimento della recidiva e una riduzione del potere discrezionale del giudice

   → la riforma Cirielli ha contribuito ad aumentare il numero dei detenuti nelle carceri
   a seguito delle urgenze imposte nel 2013 dalla condanna da parte della CEDU, sono stati rimossi alcuni automatismi riferiti ai recidivi reiterati nella concessione della detenzione domiciliare

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE

è la misura alternativa più significativa e di maggiore ampiezza, radicalmente alternativa alla detenzione in carcere

- **PRESUPPOSTI** per la sua applicazione:
  1) DURATA della pena da espiare **non superiore a 3 anni**
     - a seguito del sovraffollamento è stato innalzato a **4 anni** (se nell'anno precedente il condannato ha serbato un comportamento tale da giustificare il giudizio positivo sulla concessione)
  2) VALUTAZIONE PROGNOSTICA POSITIVA sull'**idoneità** della misura rispetto al percorso di rieducazione del soggetto
  3) OSSERVAZIONE DELLA PERSONALITA' condotta per 1 mesi in un istituto, a seguito della quale il tribunale di sorveglianza concede l'affidamento in prova
     - **NB** ci sono casi in cui il tribunale ritiene già di disporre di sufficienti strumenti per concederlo, al fine di evitare completamente il passaggio in carcere (**affidamento dalla libertà**)
- **PRESCRIZIONI**:
  1) **programma** concordato con il servizio sociale
  2) obblighi di dimora, divieti di frequentazione di alcuni luoghi…
  3) l'affidato deve adoperarsi a favore della vittima del reato ad adempiere agli obblighi di assistenza familiare
     - nell'ottica della **giustizia riparativa**, in un'ottica di conciliazione
- **REVOCA**:
  in caso di comportamento contrario alla legge o alle prescrizioni date, che appaia incompatibile con la prosecuzione della prova
- EFFETTO **ESTINTIVO**:
  - esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva, le pene accessorie e ogni altro effetto penale
  - anche la pena pecuniaria, se l'interessato si trovi in condizioni economiche disagiate, può essere estinta
- AFFIDAMENTO **IN CASI PARTICOLARI**:
  oggi è disciplinato all'art. 94 del TU sugli stupefacenti, è un istituto finalizzato a dare prevalenza alle **esigenze terapeutico-riabilitative** in caso di pena detentiva da eseguire nei confronti di una persona tossico-dipendente o alcooldipendente
  - può essere richiesto per proseguire o intraprendere l'attività terapeutica sulla base di un **programma** concordato con una struttura autorizzata
  - il legislatore mostra più favore a riguardo, prevedendo **limiti più alti** di pena

SEMILIBERTA'

- misura che offre al condannato la possibilità di trascorrere **parte del giorno fuori** dall'istituto carcerario, per partecipare ad **attività lavorative, istruttive o comunque utili** al reinserimento sociale

- è una misura solo PARZIALMENTE extracarceraria
- rappresenta il primo gradino in caso di condanne a pene particolarmente lunghe per valutare il processo di rieducazione del soggetto e la possibilità di disporre l'affidamento in prova al servizio sociale
- l'ammissione al regime di semilibertà è disposta dal tribunale di sorveglianza, in relazione ai **progressi compiuti** nel corso del tempo e quando ci siano i presupposti per un **graduale reinserimento** del soggetto nella società
- è revocabile in ogni momento nel caso in cui il condannato non si dimostri idoneo al trattamento
- in caso di MANCATO RIENTRO:
  a) il ritardo **non superiore alle 12 ore** integra un **illecito disciplinare**
  b) il ritardo **superiore alle 12 ore** integra il delitto di **evasione**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LE FORME DI DETENZIONE DOMICILIARE

A) DETENZIONE DOMICILIARE **A SCOPI UMANITARI**

1) DESTINATARI:
   - donna incinta o madre di figlio minore di 10 anni
   - padre di figlio minore di 10 anni con lui convivente o senza madre o qualcuno che lo possa assistere
   - persona in gravi condizioni di salute
   - persona di età superiore a 60 anni, se parzialmente inabile
   - minore di anni 21 se vi sono comprovate esigenze di studio, lavoro, famiglia
2) la condanna deve essere a una pena **inferiore ai 4 anni** di reclusione o quando manchino 4 anni alla fine della stessa
3) può essere espiata:
   - nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora
   - luogo pubblico di cura, assistenza, accoglienza

B) DETENZIONE DOMICILIARE ***SPECIALE***
└che comunque rientra nell'esigenza di tipo umanitario

B1) permette alla **madre di prole non superiore a 10 anni** che abbia già espiato parte di pena, di scontare la restante nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora etc, sempre che non sussista il pericolo di commissione di ulteriore

B2) per i **malati di AIDS o affetti da grave deficienza immunitaria** nel caso in cui siano necessari supporti terapeutici incompatibili con l'esecuzione nel carcere

B3) per le persone che al momento dell'**inizio dell'esecuzione o dopo** abbiano compiuto **70 anni**, che abbiano commesso qualsiasi reato, salvo che l'autore:
   - non sia stato dichiarato delinquente abituale o professionale
   - non sussista la recidiva

C) DETENZIONE DOMICILIARE **IN DEROGA**:
la l. 165/1998 ha disposto che nei casi in cui potrebbe essere disposto il rinvio ai sensi degli artt.146, 147 cp, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione della detenzione domiciliare, anche se la pena superi il tetto dei 4 anni previsto come regola generale
- vantaggio: l'esecuzione della pena non è differita, ma prosegue durante l'esecuzione domiciliare
- **RINVIO DELL'ESECUZIONE della pena detentiva :**ex artt. 146, 147 cp, istituto che sposta nel tempo il ***dies a quo*** dell'inizio della pena che deve poi essere eseguita
  - il rinvio è OBBLIGATORIO se la pena deve essere eseguita nei confronti di una donna incinta, di una madre con prole inferiore a 1 anno, persona affetta da grave malattia, AIDS..
  - il rinvio è FACOLTATIVO in presenza di una domanda di grazia, grave patologia fisica, madre di prole inferiore a 3 anni
  - la corte nel 2019 ha previsto che si possa disporre la detenzione domiciliare anche nei casi di **grave infermità psichica** sopravvenuta prima o durante l'esecuzione della pena
    └in questi casi il codice disponeva che il giudice ne ordinasse il differimento o la sospensione con ricovero del condannato in un manicomio giudiziario o in un casa di cura e custodia, ma la soppressione di questi istituti ha determinato l'inapplicabilità di questa disciplina, con la conseguenza di imporre la pena del carcere per gli affetti da grave infermità psichica sopravvenuta e **disparità di trattamento rispetto ai detenuti con grave infermità fisica**

D) DETENZIONE CON **FUNZIONE DEFLATTIVA**, come strumento di contrasto al sovraffollamento:
per condanne **fino a 2 anni** di pena detentiva, anche se costituenti parte residua di maggior pena, può essere concessa anche se non si tratta di uno dei soggetti indicati
→ la detenzione domiciliare diventa la **forma primaria** di esecuzione delle pene detentive entro i 2 anni, quando non sia possibile disporre l'affidamento in prova al servizio sociale e sempre che tale misura sia idonea ad evitare il pericolo che il condannato commetta altri reati

– **REVOCA** della detenzione domiciliare:
se il comportamento del soggetto appare incompatibile
– **ALLONTANAMENTO** dalla propria abitazione o da un altro degli altri luoghi indicati:
delitto di **evasione**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **FINALITA'** principale: DEFLATTIVA
- **PROFILI PROBLEMATICI** dal pdv costituzionale:
  1) art. 3 cost:
     potrebbe essere discriminatoria nei confronti di chi non può accedervi, a favore di chi disponga di una buona soluzione domiciliare
  2) art. 27.1 cost:
     la sanzione investe il nucleo familiare
  3) art. 27.3 cost:
     la funzione rieducativa della pena difficilmente si concilia, dal momento che non è arricchita da programmi nella prospettiva della risocializzazione

LIBERAZIONE ANTICIPATA

└**detrazione di 45 giorni** per ogni singolo semestre di pena detentiva scontata se ne sussistono i presupposti

- **PRESUPPOSTO:**
  condannato deve aver dato **prova di partecipazione all'opera di rieducazione** (eventualmente anche nel periodo trascorso in stato di custodia cautelare o di detenzione domiciliare)
- la VALUTAZIONE della detrazione va fatta singolarmente per ogni singolo semestre, considerando il comportamento del detenuto
- EFFETTI:
  1) riduce il termine finale della pena detentiva
  2) incide sui limiti di pena previsti per l'accesso alle misure alternative
  3) incoraggia i detenuti a tenere un buon comportamento

PERMESSI PREMIO

└istituti introdotti dalla legge Gozzini, che permettono di **valutare il comportamento** del detenuto, concedendogli periodi limitati di libertà in funzione **dell'applicazione di misure alternative** extracarcerarie

- NON vanno confusi con i ***permessi*** che assolvono a scopi umanitari, e sono concessi in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente o per eventi di eccezionale gravità
- PRESUPPOSTI **SOGGETTIVI**:
  1) **regolare condotta** del detenuto:
     costante manifestazione del senso di responsabilità e correttezza, nelle attività organizzate, lavorative, culturali
  2) assenza di **pericolosità sociale**:
- PRESUPPOSTO **OGGETTIVO**:
  limiti temporali di accesso:
  - chi è condannato alla pena dell'arresto o a una reclusione non superiore ai 4 anni può essere da subito ammesso a tale beneficio
  - per condanne più elevate sono previsti diversi limiti temporali
  - per i condannati all'ergastolo possono essere concessi solo dopo l'espiazione di almeno 10 anni
- la DURATA dei singoli permessi premio non può essere superiore a 15 giorni, per un massimo complessivo di 45 giorni l'anno

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LIBERTA' CONDIZIONALE

└pur essendo prevista dal codice tra le **CAUSA DI ESTINZIONE della pena**, presenta elementi che la rendono **OMOGENEA alle misure alternative alla detenzione**:

1) stesse FINALITA' :
   anticipare il passaggio del detenuto allo stato di libertà in ragione dei risultati del percorso di rieducazione
2) elementi comuni di DISCIPLINA:
   applicazione dello stesso regime delle preclusioni
3) stessa AUTORITA' GIUDIZIARIA deputata concederla:
   tribunale di sorveglianza

art. 177 **Revoca della liberazione condizionale o estinzione della pena** cp:

"*Nei confronti del condannato ammesso alla liberazione condizionale resta sospesa l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva cui il condannato stesso sia stato sottoposto con la sentenza di condanna o con un provvedimento successivo. La liberazione condizionale è revocata, se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvero trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertà vigilata, disposta a termini dell'articolo 230, n. 2. In tal caso, il tempo trascorso in libertà condizionale non è computato nella durata della pena e il condannato non può essere riammesso alla liberazione condizionale.*

Decorso tutto il tempo della pena inflitta, ovvero cinque anni dalla data del provvedimento di liberazione condizionale, se trattasi di condannato all'ergastolo, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena rimane estinta e sono revocate le misure di sicurezza personali, ordinate dal giudice con la sentenza di condanna o con provvedimento successivo."

- PRESUPPOSTO **SOGGETTIVO**:
  comportamento del detenuto durante l'esecuzione della pena, tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento
  └la giurisprudenza NON semplicemente lo identifica con la *buona condotta* del condannato, ma con **comportamenti positivi** da cui poter desumere l'abbandono delle scelte criminali e l'impegno di attenuazione delle conseguenze dannose cagionate
- PRESUPPOSTI **OGGETTIVI**:
  1) LIMITE DELLA PENA già scontata:
     30 mesi e comunque la **metà della pena inflittagli,** qualora il rimanente non superi i 5 anni
     └**NB** sono previsti limiti più alti in caso di:
     - recidivi aggravati e reiterati
     - condanna all'ergastolo: almeno **26 anni**
  2) presupposto RISARCITORIO dell'**adempimento delle obbligazioni civili** derivanti dal reato, salvo che il condannato sia impossibilitato ad adempierle
- **NB** al soggetto a cui sia stata concessa la libertà condizionale viene applicata per la durata della pena ancora da scontare o per 5 anni in caso di ergastolo, la misura di sicurezza della **LIBERTA' VIGILATA** ed **ASSISTITA**:
  regime che prevede l'imposizione di prescrizioni a scopo di **controllo ed un supporto dell'ufficio di esecuzione penale esterna** per il passaggio dalla vita carceraria alla vita in libertà
- **REVOCA**:
  se la persona libera commette un reato della stessa indole o trasgredisce gli obblighi impostigli
  → in questo caso il **tempo trascorso** in libertà condizionale **NON è computato** nella durata della pena e il condannato non può essere riammesso alla liberazione condizionale
- INTERVENTI DELLA CORTE COSTITUZIONALE:
  1) riguardo il **computo della pena residua,** che non può essere automaticamente quella che il soggetto doveva ancora scontare prima di essere ammesso al beneficio
     └la corte ha statuito che spetta al tribunale di sorveglianza determinare la pena detentiva ancora da espiare *tenendo conto del tempo trascorso in libertà condizionale* e delle restrizioni di libertà subite dal condannato
  2) riguardo la pena dell'**ergastolo**, in merito all'impossibilità di essere riammessi alla liberazione condizionale in caso di revoca che, determinerebbe la reclusione definitivamente a vita per il condannato
     └la corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 177 nella parte in cui non prevede che in questo caso possa essere nuovamente riammesso a fruire del beneficio, se ne sussistono i requisiti
- **EFFETTO ESTINTIVO**:
  decorso il tempo di applicazione della liberazione condizionale, senza che sia intervenuta alcuna causa di revoca, la pena si estingue e sono revocate le misure di sicurezza personali ordinate dal giudice

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA DIFFERENZIAZIONE DEI PERCORSI PENITENZIARI

- il legislatore ha previsto regole differenziate che tengono conto della **pericolosità del detenuto** e del **reato** commesso
- **2 MODALITA'**:

1) DIFFERENZE CHE INCIDONO SUL TRATTAMENTO PENITENZIARIO:

a) **REGIME DI SORVEGLIANZA PARTICOLARE:**
comporta le restrizioni strettamente necessarie per il **mantenimento dell'ordine nel carcere**
- DESTINATARI: condannati che presentano **elementi di pericolosità specifica** (se compromettono la sicurezza, turbano l'ordine negli istituti)
- la sorveglianza è disposta **dall'amministrazione penitenziaria**
- DURATA: periodo **non superiore a 6 mesi**, ma prorogabile (ogni volta per periodi non superiori a 3 mesi)
- dal momento che il regime comporta limitazioni dei diritti del detenuto, quest'ultimo può anche presentare **reclamo** al tribunale di sorveglianza contro l'amministrazione penitenziaria

b) **CARCERE DURO** (art. 41.bis ord. penitenziario):
comporta limitazioni alle regole interne sul trattamento, finalizzate a **contrastare collegamenti** dei detenuti **con la criminalità organizzata**
- LIMITAZIONI: incide sulla **collocazione** del detenuto (viene eseguito all'interno di strutture esclusivamente dedicate) e sulle **regole di trattamento** (colloqui, oggetti che possono essere ricevuti, permanenza all'aperto)
- DESTINATARI: detenuti e internati per reati in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso o terroristica
- venne introdotto con un dl nel 1992, come misura di **carattere temporaneo** a fronte dell'esigenza di contrastare la criminalità organizzata in quel periodo
- successivamente la l. 279/2002 lo ha strutturato nell'ordinamento come **regime definitivo**
- il provvedimento è di competenza del **ministro della giustizia**
- DURATA: **4 anni** ed è prorogabile per successivi periodi ciascuno pari a 2 anni
  - la proroga è disposta quando risulta che la capacità di mantenere collegamenti con l'associazione criminale permane
- la corte sottolinea l'importanza del **nesso funzionale** di tali misure

2) DIFFERENZE RIGUARDANTI LA DISCIPLINA DELLE MISURE ALTERNATIVE ALLA DETENZIONE
l'art 4-*bis* ord. penit prevede limiti all'accesso ai **benefici penitenziari** in relazione alla **tipologia di reato,** che tradizionalmente viene distinto in:

a) **REATO DI PRIMA FASCIA:**
in caso di detenuti per reati in materia di criminalità organizzata comune e terroristica, l'accesso ai benefici è necessariamente condizionato dalla **collaborazione con la giustizia**
- **NB** fanno eccezione i casi in cui la collaborazione risulti *impossibili* o *oggettivamente irrilevante* (per via della limitata partecipazione al fatto): in questi casi i benefici possono comunque essere concessi, sempre che siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata
- **NB** tra questi ci sono anche i **reati di violenza sessuali e i reati sessuali a danno di minori**

b) **REATO DI SECONDA FASCIA:**
in caso di omicidio, rapina aggravata, estorsione aggravata, associazione per delinquere.., i benefici possono essere concessi purchè non vi siano elementi da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

PROBLEMATICHE COSTITUZIONALI

1) ESTENSIONE DEL REGIME DELLE PRECLUSIONI ex art. 4-bis.1 ai **DELITTI DI PECULATO E CORRUZIONE**
   la l. 3/2019 ha esteso le limitazioni anche in questi casi, nella prospettiva di far loro terra bruciata intorno
   questa previsione **NON sembra giustificata** se non per reati inerenti la criminalità organizzata
   - **NB** inoltre l'estensione della nuova disciplina ai reati di corruzione, dovendo trovare applicazione retroattiva anche per fatti commessi prima dell'entrata in vigore della nuova legge in forza dei principi generali della successione delle leggi penali nel tempo, ha posto la questione della compatibilità dell'effetto retroattivo con il principio di retroattività della legge penale ex art. 7 CEDU (ci sono 2 questioni di legittimità pendenti)

2) la disciplina prevista per i reati di prima fascia porta al problema del c.d. **ERGASTOLO OSTATIVO**:
   i permessi premio e le misure alternative possono essere concessi solo subordinatamente alla collaborazione con l'autorità giudiziaria; in assenza di questa, l'**impossibilità di accedere alla libertà condizionale** rende l'ergastolo *pena effettivamente perpetua*
   - la corte costituzionale aveva riconosciuto la **LEGITTIMITA'** di questa disciplina:
     1) si basa sulla libera scelta del condannato, che decide di non collaborare
     2) la collaborazione con la giustizia viene considerata dal legislatore ***criterio legale*** **di valutazione di un comportamento**, concorrente ai fini dell'accertamento del "sicuro ravvedimento"
   - **NB** ci sono casi in cui PERO' la mancata collaborazione risulta in concreto impossibile per ragioni diverse, che non sono espressione della non avvenuta rieducazione del soggetto (es timore degli effetti negativi che il suo tradimento rischia di produrre sui familiari) o della persistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata:

   → **PROFILI DI ILLEGITTIMITA' costituzionale** (emersi nel ricorso della Cassazione)**:**
   1) NON RISPETTA LA FINALITA' EDUCATIVA:
      contrasta con l'art. 27.3 perché prevede una pena certamente perpetua, che non cessa pure in presenza della rieducazione del soggetto, anche se quest'ultimo presenti il "*sicuro ravvedimento"* a cui l'art. 176 cp subordina la concessione della libertà condizionale
   2) PENA INUMANA E DEGRADANTE:
      contrasta con l'art. 27.3 e con l'art. 117 come norma interposta alla CEDU, che all'art. 3 considera *inumana la pena perpetua che non consenta al condannato* (di fatto e di diritto) *di tornare in libertà*

   → condanna da parte della CEDU nella **sentenza Viola c. Italia:**
   la CEDU spezza il doppio collegamento tra rieducazione e collaborazione osservando come:
   - la **collaborazione non sia un indice certo di rieducazione**, dal momento che possono esserci chiamante in correo **opportunisticamente** interessate esclusivamente ai benefici penitenziari
   - **l'assenza di collaborazione non può essere un segnale certo di mancata rieducazione**
     - non viene tenuto conto in concreto dello sviluppo della personalità del condannato, andando contro il criterio costituzionalmente vincolante della **valutazione individualizzata caso per caso**

   → **NB** dopo la sentenza Viola c. Italia, che ha portato la corte costituzionale a dichiarare nel 2019 l'*illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis dell'ord. penit. nella parte in cui non prevede permessi premio in assenza di collaborazione con la giustizia, ANCHE SE* ***ci sono elementi*** *valutati dal magistrato di sorveglianza, che* ***escludono il rischio di collegamenti*** *o* ***partecipazione*** *all'attività dell'organizzazione criminale*

REATI DI VIOLENZA SESSUALE E REATI SESSUALI A DANNO DEI MINORI

- in questi casi la disciplina speciale per il percorso di accesso alle misure alternative è connotata da **finalità**:
  1) **di prevenzione speciale**
  2) **di supporto terapeutico**
- i detenuti possono sottoporsi a un trattamento psicologico FACOLTATIVO, proprio perché solo la volontaria partecipazione può garantire l'efficacia della prevenzione della recidiva specifica
- se la partecipazione al trattamento è valutata positivamente dal tribunale di sorveglianza allora possono essere concesse le misure alternative

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LE SANZIONI PENALI PER I REATI ATTRIBUITI ALLA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE

- con il dlgs 274/2000 è stata **attribuita la competenza penale** al giudice di pace, in relazione a una SERIE TASSATIVA di reati assoggettati a specifiche regole di disciplina processuale e sostanziale
- i reati di competenza del giudice di pace sono puniti esclusivamente con le seguenti pene:
  a) **MULTA**
  b) **AMMENDA**
  c) **PERMANENZA DOMICILIARE:**
     - **NB** non è da confondere con la *semidetenzione*, che è una sanzione sostitutiva, né con la *detenzione domiciliare* che è una misura alternativa: comporta l'obbligo di rimanere presso la propria abitazione o in un altro luogo di privata dimora/pubblico di cura, assistenza etc, **nei giorni di sabato e domenica** (salvo che per esigenze familiari, di lavoro, studio, salute…)
     - DURATA: **non** può essere **inferiore a 6 giorni né superiore a 45 giorni**
     - il condannato NON è considerato in stato di detenzione
  d) **LAVORO DI PUBBLICA UTILITA':**
     - può essere applicato al condannato solo su sua richiesta (necessaria per via della convenzione di cui l'Italia fa parte che vieta il lavoro forzato) e consiste nella prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, secondo modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, studio, famiglia, del reo
     - DURATA: dai 10 giorni a 6 mesi
- si tratta di SANZIONI PRINCIPALI, non di pene *alternative*

→ **NB** non si applicano le sanzioni sostitutive previste nella l.689/1981, in quanto si tratta di un meccanismo sanzionatorio che presenta delle sue specificità

- in caso di VIOLAZIONE degli obblighi:
  a) la pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato si converte in permanenza domiciliare, o a richiesta del condannato, in lavoro di pubblica utilità
  b) la violazione degli obblighi inerenti alla permanenza domiciliare o al lavoro di pubblica utilità integra un delitto autonomo (≠ dal delitto di evasione)

  → la loro REVOCA **non** prevede la **conversione in pene detentive**
     - le pene previste per i reati attribuiti al giudice di pace non sono **MAI di tipo carcerario**

  NB per garantire loro *effettività* è prevista l'**esclusione dalla sospensione condizionale** della pena

IL RISARCIMENTO DEL DANNO

art. 185 cp **Restituzioni e risarcimento del danno**:

"*Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili.* (artt. 1168, 69 cc)

Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui"

→ ex c.1 la commissione di un reato **OBBLIGA a riparare le conseguenze da esso derivate**

- la **RESTITUZIONE** è la 1° forma di riparazione e consiste nel **risarcimento in forma specifica** che conduce al ripristino dello *status quo* antecedente alla commissione del fatto di reato
  - **NB** una FORMA di risarcimento in forma specifica è ravvisabile all'art. 186 cp, che prevede che "*ogni reato obbliga il colpevole alla pubblicazione a sue spese della sentenza di condanna, qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato*"
- il **RISARCIMENTO DEL DANNO** è l'obbligazione di maggior rilievo patrimoniale e non, eventualmente subito anche da persona ≠ da quella offesa dal reato
  a) per il danno **patrimoniale** viene in rilievo l'art. 2043 cc
  b) per il danno **non patrimoniale** l'art. 2059 cc

  + ci sono spese per il **mantenimento del condannato**, il quale deve rimborsare lo stato delle spese per mantenerlo
- **NB** la riparazione come **CAUSA DI ESTINZIONE** DEL REATO:
  nei reati attribuiti al **giudice di pace** è previsto che il giudice, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiari con sentenza *estinto* il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostri di aver **proceduto PRIMA dell'udienza alla riparazione del danno cagionato mediante restituzione o risarcimento**, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

GIUSTIZIA RIPARATIVA

└strumenti finalizzati a SOLLECITARE l'autore del reato **a porre rimedio alle conseguenze lesive** della condotta anche attraverso il **coinvolgimento della vittima** e in alcuni casi della stessa **comunità** di riferimento

- IMPULSO proviene da una **direttiva europea** del 2012:
  istituisce le norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e prevede espressamente i servizi di giustizia riparativa che devono **operare nell'interesse della vittima**, e con **il suo consenso** libero e informato
- FONDAMENTO:
  partendo dal presupposto che il reato sia espressione della **rottura di un rapporto sociale**, la giustizia riparativa propone la revisione della tradizionale ottica afflittivo/punitiva della sanzione penale in favore dell'attivazione di **percorsi finalizzati alla ricomposizione del conflitto**

→ **NB** la forma di RIPARAZIONE DEL DANNO, attraverso il risarcimento e la restituzione, ne rappresenta **1 aspetto**
└l'OBIETTIVO principale è quello di ricercare l'**incontro tra l'autore e la vittima** (al cui interno il risarcimento del danno costituisce uno dei possibili risultati, senza che ne esaurisca però il fine della *ricomposizione*)

- gli strumenti della giustizia riparativa si propongono come ALTERNATIVI alla pena, MA non intendono depotenziarla: cercano di ricomporre il conflitto nato dalla commissione del reato **per ridurre il rischio di RECIDIVA**
- ESEMPI DI APPLICAZIONE:

a) *mediazione penale*, già da tempo sviluppata in **ambito minorile**, con particolare riguardo all'istituto della **SOSPENSIONE DEL PROCESSO CON MESSA ALLA PROVA**, in quanto con l'ordinanza di sospensione il giudice affida il minorenne ai servizi minorili dell'amministrazione della giustizia per lo svolgimento delle opportune attività di osservazione e sostegno affinchè si possa raggiungere la **riconciliazione** con la persona offesa
b) sempre in chiave di revisione del rapporto tra autore e persona offesa si muove in fase esecutiva la disciplina dell'**affidamento in prova al servizio sociale**, dal momento che nel relativo programma deve essere previsto che l'*affidato si adoperi quanto possibile in favore della vittima del suo reato e adempia puntualmente agli obblighi di assistenza familiare*

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO E DELLA PENA

LA DISTINZIONE NEL CODICE PENALE

- **CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO:**
  escludono la c.d. ***punibilità in astratto***
  1) operano ANTICIPATAMENTE rispetto alla pronuncia della sentenza di condanna
  2) **precludono l'applicazione** della pena
- **CAUSE DI ESTINZIONE DELLA PENA**:
  escludono la c.d. ***punibilità in concreto***
  1) PRESUPPONGONO l'emanazione di una sentenza di condanna
  2) **incidono sull'esecuzione** della sanzione panale

NB tale distinzione non convince la dottrina rispetto alla sistematica del codice penale:
ci sono infatti tra le cause di estinzione del reato la *sospensione condizionale* e *l'amnistia impropria* che vengono ad operare successivamente alla sentenza di condanna

→ la dottrina propone un criterio di distinzione ≠ rappresentato dalla diversa **AMPIEZZA DEGLI EFFETTI ESTINTIVI:** per le cause di estinzione del reato (applicabili prima della sentenza di condanna) l'ampiezza sarà più *intensa e profonda*, rispetto alle cause di estinzione del reato applicabili dopo la sentenza e le cause di estinzione della pena

CLASSIFICAZIONI delle cause di estinzione

a) **GENERALI:** collocate nella parte generale del cp
SPECIALI: applicabili ad uno o più reati di parte speciale

b) **CONDIZIONATE:** come l'amnistia, sospensione condizionale, oblazione
INCONDIZIONATE: come la morte del reo
a seconda che siano o meno sottoposte a limitazioni

c) **LEGATE AD ACCADIMENTI NATURALI:** come la prescrizione
LEGATE ALLA MANIFESTAZIONE DI VOLONTA' DI 3°: come i provvedimenti di clemenza, remissione della querela, sospensione condizionale
LEGATE ALLA MANIFESTAZIONE DI VOLONTA' DEL SOGGETTO ATTIVO: come l'oblazione

DISCIPLINA COMUNE

la disciplina principale la ritroviamo agli artt. 182, 183

art. 182 cp **Effetti delle cause di estinzione del reato o della pena**:

"Salvo che la legge disponga altrimenti, l'estinzione del reato o della pena ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce"

art. 183 **Concorso di cause estintive**:

"Le cause di estinzione del reato o della pena operano nel momento in cui esse intervengono.
Nel concorso di una causa che estingue il reato con una causa che estingue la pena, prevale la causa che estingue il reato, anche se è intervenuta successivamente.
Quando intervengono in tempi diversi più cause di estinzione del reato o della pena, la causa antecedente estingue il reato o la pena, e quelle successive fanno cessare gli effetti che non siano ancora estinti in conseguenza della causa antecedente.
Se più cause intervengono contemporaneamente, la causa più favorevole opera l'estinzione del reato o della pena; ma anche in tal caso, per gli effetti che non siano estinti in conseguenza della causa più favorevole, si applica il capoverso precedente."

1) hanno un'**efficacia PERSONALE**, salvo che la legge disponga diversamente
2) in caso di **concorso** prevale sempre la causa che estingue il reato
3) devono essere **immediatamente dichiarate al giudice** in ogni stato e grado del processo, anche in caso di DUBBIO sull'esistenza della stessa
4) **non** comportano l'**estinzione delle obbligazioni civili** derivanti dal reato

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

CAUSE DI ESTINZIONE DEL REATO

1) MORTE DEL REO
2) AMNISTIA
3) REMISSIONE DELLA QUERELA
4) OBLAZIONE
5) SOSPENSIONE CONDIZIONALE
6) SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA
7) CONDOTTE RIPARATORIE
8) PERDONO GIUDIZIALE

AMNISTIA

istituto di applicazione **generale**, che **cancella i reati individuati per CATEGORIA** (♦ reati puniti con pena non superiore al massimo di x anni o commessi in momenti storici particolari)

art. 79 cost: "*L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale.*
La legge che concede l'amnistia o l'indulto stabilisce il termine per la loro applicazione.
In ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge."

art. 151 cp **Amnisitia**:

"*L'amnistia estingue il reato, e, se vi è stata condanna, fa cessare l'esecuzione della condanna e le pene accessorie.*
Nel concorso di più reati, l'amnistia si applica ai singoli reati per i quali è conceduta.
La estinzione del reato per effetto dell'amnistia è limitata ai reati commessi a tutto il giorno precedente la data del decreto, salvo che questo stabilisca una data diversa.
L'amnistia può essere sottoposta a condizioni o ad obblighi.
L'amnistia non si applica ai recidivi, nei casi preveduti dai capoversi dell'articolo 99, né ai delinquenti abituali, o professionali o per tendenza, salvo che il decreto disponga diversamente."

- RATIO:
  rappresenta una valvola di sicurezza con la quale fronteggiare situazioni **eccezionali** che richiedano di superare le ***normali* esigenze di repressione dei reati**
- USO CONCRETO:
  è stata spesso usata per **alleggerire il carico giudiziario** e il sovraffollamento carcerario
  → nel '92 è stato modificato l'art. 79 cost con l'introduzione del requisito della necessità di una maggioranza parlamentare qualificata, ottenuta per ogni articolo e nella votazione finale
  - la richiesta dei 2/3 di maggioranza ha ridotta drasticamente la frequenza della concessione
- LIMITE all'applicabilità:
  ex c.3 ai reati commessi **successivamente alla presentazione del disegno** di legge
  - per evitare un incentivo a delinquere nella fondata aspettativa dell'imminente amnistia
- PRESUPPOSTI SOSTANZIALI:
  sono legati a **valutazioni di carattere politico,** di cui le maggioranze parlamentari devono assumersi la responsabilità
- TIPOLOGIE:
  a) amnistia **PROPRIA**:
     opera **prima** del passaggio in giudicato della sentenza di condanna (con effetti deflattivi sul carico giudiziario)
  b) amnistia **IMPROPRIA**:
     applicabile solo **dopo** che la condanna sia divenuto definitiva, ne fa cessare l'esecuzione
     - l'art. 151 cp specifica che anch'essa *estingue il reato*, anche se si avvicina sensibilmente alle cause estintive delle pene
- FRUIBILITA' RECIDIVI o DELINQUENTI ABITUALI o PROFESSIONALI:
  ex c.5 art. 151 c **solo** qualora la legge concessiva lo **preveda espressamente** (in caso di silenzio del legislatore queste categorie sono escluse)

REMISSIONE DELLA QUERELA

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

art 152 cp **Remissione della querela**:

"Nei delitti punibili a querela della persona offesa, la remissione estingue il reato.
La remissione è processuale o extraprocessuale. La remissione extraprocessuale è espressa o tacita. Vi è remissione tacita, quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela.
La remissione può intervenire solo prima della condanna, salvi i casi per i quali la legge disponga altrimenti.
La remissione non può essere sottoposta a termini o a condizioni. Nell'atto di remissione può essere fatta rinuncia al diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno."

- AMBITO DI APPLICAZIONE:
  riferita ai **reati procedibili a querela**, che va presentata **entro 3 mesi** dal momento in cui il querelante è venuto a conoscenza del reato (in certi casi, come per i reati sessuali, il termine è aumentato)
- di regola può intervenire SOLO PRIMA della condanna
- TIPOLOGIE:
  a) remissione **PROCESSUALE**:
  dichiarazione all'autorità giudiziaria
  b) remissione **EXTRAPROCESSUALE:**
  può essere sia ***espressa*** che ***tacita***, cioè quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela (♦ mancata comparizione in udienza delle persone offese)
- RATIO:
  deflazione dei procedimenti penali
- **NB** è importante che la remissione venga **accettata dal querelato**
- **NB** ci sono reati in cui la **querela è irrevocabile**
  ♦ reati sessuali procedibili a querela, per evitare indebite pressioni sulla vittima finalizzate ad una remissione non spontanea
- nell'ottica della GIUSTIZIA RIPARATIVA, viene particolarmente *auspicata* in una prospettiva della **conciliazione e mediazione** tra la vittima e l'autore del reato, nell'ambito della giurisdizione del giudice di pace

PRESCRIZIONE DEL REATO

causa estintiva dipendente da un fatto naturale, che è il **decorso del tempo**

art. 157.1 cp: "*La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria*."

- **NB** è un istituto di **natura SOSTANZIALE** e non processuale
  tale qualificazione assume particolare *rilievo di ordine pratico* (vedi vicenda Taricco) in relazione all'**applicabilità dei principi di garanzia** dell'art. 25.2 cost
- RATIO (complessa):
  ragioni di opportunità che suggeriscono di rinunciare a perseguire reati risalenti nel tempo, *ad eccezione* di quelli talmente gravi da prevedere la pena dell'ergastolo
- la DISCIPLINA è frutto di stratificazioni nel tempo di criticate **riforme legislative**: nel 2005, nel 2007, nel 2019
- TEMPO NECESSARIO per la prescrizione:
  REGOLA: il tempo che determina la prescrizione:
  1) scaturisce dal **massimo della pena edittale** stabilita dalla legge
     NB non è influenzato dalle circostanze, salvo il caso delle aggravanti che prevedano una pena di specie diversa
  2) NON può essere **inferiore a 6 anni** se si tratta di delitti, a **4 anni** se si tratta di contravvenzioni

  NB è di **3 anni** dalla consumazione del reato quando la legge stabilisce *pene diverse da quella detentiva o pecuniaria* (competenza del giudice di pace)

  NB per alcuni reati il termine che sarebbe individuato con la regola ordinaria è **raddoppiato,** considerando la difficoltà della raccolta del materiale probatorio
  ♦ omicidio colposo aggravato, omicidio stradale, maltrattamenti in famiglia, reati ambientali..
- NON vengono PRESCRITTI i reati per i quali è **previsto l'ergastolo** come pena per il reato base o per effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti (ex art. 157 uc)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- DIES A QUO:
  il termine decorre:
  a) dal **giorno della consumazione**
  b) dall'**ultimo atto rientrante nel tentativo** del delitto
  - **NB** le *condizioni di punibilità* spostano in avanti questo termine, ma NON hanno influenza le *condizioni di procedibilità*
  - **NB** in caso di **delitto continuato** con la l.3/2019 è stato previsto che il termine inizi a decorrere dal momento di cessazione del vincolo, cioè dal momento consumativo dell'ultimo reato
  - in caso di INCERTEZZA sul *dies a quo,* viene risolto il dubbio a favore dell'imputato
  - la l. 103/2017 (Orlando) ha introdotto una DEROGA per il *dies a quo* della prescrizione dei **reati a danno di minori**: in questi casi decorre dal compimento della maggiore età della persona offesa
- RINUNCIABILITA':
  la prescrizione è rinunciabile da parte dell'imputato che aspiri ad un'**assoluzione del merito**
  - **NB** è necessaria la forma espressa
- **INFLUENZE ALL'ESTENSIONE** DEL PERIODO DI PRESCRIZIONE:
  - RATIO: tengono conto delle situazioni in cui l'attività degli organi pubblici è **paralizzata *ex lege*** (in virtù della ragion d'essere della prescrizione che *sanziona* l'inerzia o i ritardi dell'esercizio della giustizia)
  1) **CAUSE DI SOSPENSIONE**
  2) **CAUSE DI INTERRUZIONE**

SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE

ex art. 159 cp, il corso della prescrizione ***rimane sospeso*** in tutti casi di sospensione:
- del procedimento o del processo
- dei termini di custodia cautelare imposti dalla legge
- per impedimento delle parti o dei difensori o su richiesta dell'imputato
- in caso di deferimento della questione a un altro giudizio

la legge Orlando ha aggiunto le ipotesi di:
- riferimento alle rogatorie all'estero
- deposito di motivazioni della sentenza di condanna di 1°, sino alla pronuncia del deposito della nuova sentenza di condanna (e cmq per un tempo non superiore a 1 anno e 6 mesi)

NB le sospensioni processuali sono RIMASTE IN VIGORE FINO AL 1.1.20, quando è entrata in vigore la disciplina delle **sospensioni *SINE DIE*** previste dal l.3/2019:

→ all'art. 159.2 viene previsto che "*il corso della prescrizione rimane altresì sospeso* ***dalla pronunzia della sentenza di primo grado o del decreto di condanna fino alla data di esecutività della sentenza che definisce il giudizio o dell'irrevocabilità del decreto di condanna***"
- la prescrizione viene sospesa **dopo la sentenza di 1°**
- se finora la prescrizione poteva sempre sopraggiungere, e vanificare il processo, anche durante il giudizio di Appello o in Cassazione, da inizio anno le cose non stanno più così

INTERRUZIONE DELLA PRESCRIZIONE

l'art. 160 cp prevede un **elenco** ampio e **tassativo** di atti interruttivi, non estensibile in via analogica
- ordinanza applicativa di misure cautelari personali all'interrogatorio
- richiesta di rinvio a giudizio alla sentenza di condanna…

EFFETTI DEGLI ISTITUTI DELLA SOSPENSIONE E DELL'INTERRUZIONE

a) in caso di **SOSPENSIONE**:
   - la prescrizione **riprende il suo corso** dal giorno di cessazione della causa sospensiva
   - i periodi antecedente e successivo si **sommano**
   - la durata della sospensione **non** incontra **limiti**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

b) in caso di **INTERRUZIONE**:
si ha **l'azzeramento** delle periodo di prescrizione **antecedente**: *la prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno dell'interruzione*
- **NB** il periodo prescrizionale **non può essere dilatato** oltre un certo LIMITE:
l'interruzione non può comportare
  a) un aumento superiore ad ¼ del termine ordinario
  b) di ½ o 2/3 per i recidivi
  c) del doppio per i delinquenti abituali o professionali
- ♦ se il termine ordinario è di 6 anni, il reato si prescrive comunque dopo 7 anni e mezzo, nonostante le possibili interruzioni

OBLAZIONE

consiste nel pagamento, prima dell'apertura del dibattimento o dell'emissione del decreto penale di condanna, di una **somma** corrispondente alla **terza parte del massimo della pena** prevista per la contravvenzione
+ le **spese per il procedimento**

art. 162 cp **Oblazione nelle contravvenzioni**:

"*Nelle contravvenzioni, per le quali la legge stabilisce la sola pena dell'ammenda, il contravventore è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla terza parte del massimo della pena stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento.*
Il pagamento estingue il reato"

- **NB** l'art. 162 cp definisce lo schema dell'oblazione c.d. **ORDINARIA o AUTOMATICA**
- EFFETTI:
  1) **deflazione**
  2) **vantaggio per l'autore del reato**
     visibile nelle minori spese legali, piuttosto che nello *sconto dall'ammenda irrogabile*
- l'art. 162-bis cp (rubricato "***Oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative***") prevede l'oblazione **DISCREZIONALE**, nei casi in cui è prevista come pena per la contravvenzione l'arresto o l'ammenda:
il contravventore può pagare prima dell'apertura del dibattimento o del decreto di condanna, una somma corrispondente alla **metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla legge** per la contravvenzione
+ **spese del procedimento**
  NB è definita *discrezionale* in quanto il giudice **può respingere** la domanda di oblazione, con riguardo alla gravità del fatto

SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA

ex art. 163 cp, è una causa estintiva ad **efficacia differita**, che prevede l'estinzione del reato nel caso in cui:
1) il condannato **non commetta** un delitto o una contravvenzione della **stessa indole**
2) **adempia agli obblighi impostigli**

→ **NB** si tratta di una ***sospensione sub conditione***, dal momento che il soggetto non deve commettere altri reati durante il periodo di sospensione, pena la revoca della stessa

- EFFETTO:
  permette al giudice di bloccare l'esecuzione della pena inflitta con la sentenza di condanna, individuando un **percorso alternativo**
- RATIONES:
  1) esigenza di evitare l'applicazione di una sanzione ritenuta **eccessiva o controproducente**
  2) evitare l'esecuzione di pene detentive brevi in carcere e il contatto con **l'ambiente carcerario**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- PRESUPPOSTI:

a) **FORMALI:**
   1) pena detentiva non superiore a 2 anni; 3 anni per i minorenni; 2 anni e mezzo per i minori di anni 21
   2) il soggetto non deve essere un delinquente o un contravventore abituale o professionale
   3) non deve essere stata già applicata in precedenza, a meno che la pena da infliggere con la nuova condanna, sommata a quella precedente non superi i limiti previsti
   4) non deve essere stata pronunciata una sentenza intermedia di condanna

b) **SOSTANZIALI**:
   c.d. ***prognosi di non recidiva***: il giudice deve ritenere che il colpevole si asterrà dal compiere ulteriori reati
   └può tener conto di carichi pendenti o di condanne ancora non definitive

- OBBLIGHI di NATURA RIPARATORIA che sono corredati alla sospensione condizionale:
   a) **in senso stretto:**
      restituzioni, risarcimenti del danno
   b) **in senso lato:**
      prestazioni di attività non retribuite a favore della collettività
- PERIODO DI PROVA:
   si apre con concessione della sospensione condizionale, di regola dura **5 anni**, e si conclude:
   a) con la **declaratoria di estinzione del reato**
   b) con la **revoca**
      quando 1)venga commesso un nuovo reato della stessa indole, per cui venga inflitta una pena detentiva
      (sempre che non sia possibile una seconda concessione, nel caso sopracitato)
      2)sia riportata una condanna per un delitto commesso anteriormente e il cumulo di pene superi i limiti consentiti
      3)non vengano adempiuti gli obblighi

- **SOSPENSIONE CONDIZIONALE SPECIALE**:
   istituto introdotto nel 2004, che prevede che, se:
   1) la condanna **non è superiore a 1 anno**
   2) vi è stata una **condotta riparatoria prima** della pronuncia della sentenza di 1°
   il giudice possa sospendere l'esecuzione per un periodo più breve di quello ordinario (1 anno al posto di 5)

SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA

causa di estinzione con **efficacia differita** introdotta nel 2014 all'art. 168-bis cp

- a differenza della *sospensione condizionale della pena* che viene applicata dal giudice dopo l'accertamento della responsabilità del condannato, questo istituto:
   1) interviene **durante il procedimento A RICHIESTA DELL'IMPUTATO**
   2) **non** implica il **riconoscimento di responsabilità** in ordine al reato commesso
- PRESUPPOSTI:
   1) **NATURA NON GRAVE** del reato
      └deve trattarsi di reato punito con pena detentiva **non superiore nel massimo a 4 anni** o con **pena pecuniaria**
   2) **NON aver già fruito** della sospensione in oggetto
   3) **NON** essere un **delinquente abituale o professionale**
- CONTENUTO:
   1) prestazione di condotte volte all'**eliminazione delle conseguenze** dannose o pericolose derivante dal reato, e se possibile il **risarcimento del danno**
   2) **affidamento in prova al servizio sociale** con programma che preveda attività di volontariato di rilievo sociale, con l'osservanza delle prescrizioni
      └**NB** si tratta di una sorta di *affidamento in prova anticipato* (mentre l'affidamento quale misura alternativa è applicabile solo con il passaggio in giudicato)
   3) **prestazione di lavori di pubblica utilità,** non retribuito
      └profilo affine al *lavoro di pubblica utilità*, quale misura sostitutiva della pena pecuniaria non pagata o quale sanzione applicabile dal giudice di pace

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- solo all'esito del CORRETTO SVOLGIMENTO DELLA PROVA il reato verrà dichiarato **estinto** (per questo l'efficacia si definisce *differita*)
- REVOCA, in caso di:
  a) grave o reiterata trasgressione del programma di trattamento o alle prescrizioni imposte
  b) commissione di un nuovo delitto non colposo o di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede

CONDOTTE RIPARATORIE

causa di estinzione del reato introdotta dalla legge Orlando all'art. 162-ter (rubricato "***estinzione del reato per condotte riparatorie"***), che prevede che il giudice possa dichiarare estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato **entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di 1:**

1) ha riparato interamente il danno cagionato dal reato mediante restituzioni o risarcimento
2) ha eliminato ove possibile le conseguenze dannose o pericolose del reato

- **NB** nel caso in cui l'imputato non possa adempiere può chiedere un ulteriore **tempo aggiuntivo non superiore a 6 mesi,** con pagamento possibile anche **in rate**

PERDONO GIUDIZIALE

causa di estinzione del reato applicabile ai soggetti che al momento della commissione del reato abbiano compiuto **14 anni**, ma non ancora **18 anni**

NB minori per i quali ex art. 98 cp viene ritenuta sussistente la capacità di intendere e di volere

- viene disposta in via **discrezionale** dal giudice, sulla base di un giudizio di **PROGNOSI DI NON RECIDIVA** da effettuarsi alla luce dei parametri dell'art. 133 cp
- MODALITA' alternative del giudizio:
  a) **astensione dal rinvio a giudizio**
  b) **astensione dalla pronuncia di condanna**, nel caso in cui il giudizio si sia già instaurato
- LIMITI all'applicazione del perdono giudiziale:
  1) NON possono beneficiare del perdono:
     a) i soggetti che hanno riportato una precedente condanna a pena detentiva per un delitto, anche se è intervenuta la riabilitazione
     b) i delinquenti professionali o abituali
  2) NON può essere concesso per più di 1 volta
     └**NB** questo limite è stato rivisitato dalla corte costituzionale, che ha ritenuto che il perdono possa essere ***nuovamente concesso*** in specifici casi

CAUSE DI ESTINZIONE DELLA PENA

1) MORTE DEL REO DOPO LA CONDANNA
2) PRESCRIZIONE DELLA PENA
3) INDULTO
4) GRAZIA
5) NON MENZIONE NEL CASELLARIO GIUDIZIARIO
6) LIBERAZIONE CONDIZIONALE
7) RIABILITAZIONE

- alcune di esse appaiono **simmetriche** rispetto alle cause di estinzione del reato

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

1) **MORTE DEL REO DOPO LA CONDANNA**

art. 171 cp: "*La morte del reo, avvenuta dopo la condanna, estingue la pena*"

- per le **pene detentive** si tratta di una conseguenza ***ovvia*** (non essendo pensabile un trasferimento dell'esecuzione su altri soggetti che non hanno commesso il reato)
- per le **pene pecuniarie** la spiegazione si basa sul principio di **personalità** della responsabilità penale
- **NB** la disciplina concernente le CONSEGUENZE CIVILI nascenti dal reato è ≠ (non è automatica l'estinzione)

art. 198 cp **Effetti dell'estinzione del reato o della pena sulle obbligazioni civili**:

"*L'estinzione del reato o della pena non importa l'estinzione delle obbligazioni civili derivanti dal reato, salvo che si tratti delle obbligazioni indicate nei due articoli precedenti*"

2) **PRESCRIZIONE DELLA PENA:**
   a) la RECLUSIONE si prescrive quando decorre un **termine pari al DOPPIO della pena** inflitta al soggetto
      NB se il raddoppio della pena è **inferiore a 10 anni,** l'estinzione avviene **in dieci anni**
      └ se si tratta di reclusione il cui raddoppio **supera i 30 anni**, l'estinzione avviene alla scadenza dei 30 anni
   b) la MULTA si estingue dopo **10 anni**
   c) l'ARRESTO e l'AMMENDA hanno un termine di **5 anni**
   - i *recidivi e i delinquenti abituali o professionali* sono **esclusi** dalla prescrizione delle pene inflitte per i delitti, mentre in caso di condanne per contravvenzioni sono richiesti **termini doppi** (10 anni)
   - non posso fruirne i condannati che durante il periodo in cui matura la prescrizione riportano una condanna alla reclusione per un delitto della stessa indole

3) **INDULTO:**
   consiste nel condono totale o parziale (o nella commutazione) di una pena principale
   - non è automatica l'estinzione delle pene accessorie che sono escluse dall'indulto, salvo specifica previsione normativa
     └ **NB** per il resto prevede lo stesso iter procedimentale e di disciplina dell'amnistia ex art. 79 cost

4) **GRAZIA**:
   istituto di condono personalizzato di competenza del PdR ex art. 87 cost
   - è un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale
   - viene condonata in tutto o in parte la pena principale o commutata in una pena di specie diversa
   - può estendersi alle pene accessorie (con esclusione di altri effetti penali)

5) **RIABILITAZIONE:**
   estingue solo le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna, salvo che la legge disponga ≠mente
   - può intervenire quando siano trascorsi **almeno 3 anni** dal giorno in cui il condannato ha finito di scontare la pena principale
   - per i casi più significativi il termine SALE a)a **8 anni** per i recidivi
     b)a **10 anni** per i delinquenti abituali o professionali
   - REQUISITO importante ex art. 179cp: il condannato deve aver dato ***prove effettive e costanti di buona condotta***
   - il non aver adempiuto alle obbligazioni civili impedisce la riabilitazione, salvo che venga dimostrata l'impossibilità di adempiere

6) **NON MENZIONE NEL CERTIFICATO DEL CASELLARIO GIUDIZIALE**:
   il giudice può ordinare la non menzione nel caso di prima condanna a:
   a) pena detentiva non superiore a 2 anni
   b) pena pecuniaria non superiore a 516euro

7) è causa di estinzione della pena anche la POSITIVA CONCLUSIONE della **LIBERAZIONE CONDIZIONALE** e dell'**AFFIDAMENTO IN PROVA AL SERVIZIO SOCIALE**

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

MISURE DI SICUREZZA E MISURE DI PREVENZIONE

SISTEMA SANZIONATORIO A DOPPIO BINARIO

sistema che prevede **accanto alle pene**, anche le **misure di sicurezza** in funzione di CONTROLLO E PREVENZIONE della pericolosità dell'autore

- **1° binario:**
  le PENE di **durata determinata**, fissata dal giudice sulla base di criteri indicati all'art. 133 cp, sono destinate ai SOGGETTI IMPUTABILI
- **2° binario**:
  le MISURE DI SICUREZZA, **non predeterminate nella durata massima**, sono riservate ai SOGGETTI PERICOLOSI, imputabili o non imputabili

NB nell'ottica dei redattori del codice Rocco andava a contemperare le opposte impostazioni teoriche della scuola classica e positiva: la prima legata alla pena retributiva, che presuppone il libero arbitrio, proporzionata alla colpevolezza del trasgressore; la seconda favorevole a sanzioni penali in funzione di difesa sociale della pericolosità sociale dell'autore, di natura non predeterminata

→ RISULTATI del nuovo sistema:

1) far entrare i **soggetti non imputabili** nel sistema sanzionatorio penale
2) **aggravio della risposta sanzionatoria** nei casi di applicazione congiunta ad uno stesso soggetto di pena e misura di sicurezza (nella logica autoritaria del codice Rocco)
   - alla pena si affianca una sanzione ulteriore che può essere potenzialmente *più pesante* della stessa pena perché di durata indeterminata (oggi limiti previsti nella l. 81/2014)

– **NB** ad ACCRESCERE il peso complessivo della risposta sanzionatoria intervenivano altri 3 ELEMENTI:

1) **PRESUNZIONI DI PERICOLOSITA' SOCIALE**:
   in alcuni casi le misure di sicurezza si applicavano prescindendo dall'accertamento in concreto della pericolosità sociale dell'autore
2) **DURATA MINIMA DELLE MISURE DI SICUREZZA**:
   - varia in relazione al reato commesso
   - inoltre la disciplina era irrigidita dal fatto che solo il ministro della giustizia potesse revocare la misura prima della scadenza del termine minimo di durata
3) **ASSENZA DI UN SISTEMA VICARIALE tra pene e misure di sicurezza**:
   il periodo percorso in esecuzione di una delle due sanzioni non viene computato agli effetti dell'altra, con l'effetto che le limitazioni della libertà personale per l'uno o per l'altro titolo si sommano

– NATURA GIURIDICA delle misure di sicurezza:
  la dottrina oggi è concorde nel riconoscere **NATURA PENALE**, in quanto ***STRUMENTI DI REAZIONE dell'ordinamento alla commissione di un reato****, applicate dal giudice attraverso le garanzie del processo penale*
  - **NB** è anche palese il loro carattere AFFLITTIVO, dal momento che comportano limitazioni della libertà personale

– FONDAMENTO DEL DOPPIO BINARIO:
  DIVERSITA' DI FUNZIONE tra pene e misure di sicurezza (giustifica anche la loro *applicazione congiunta*):

a) le PENE hanno una **funzione retributiva, punitiva e deterrente**
b) le MISURE DI SICUREZZA sono prive di contenuto punitivo, e il loro scopo è la **prevenzione speciale**, intesa come difesa sociale
   - tutela della collettività dal rischio di recidiva dell'autore del reato

  NB oggi questa *rigida distinzione* di funzioni si è affievolita:

1) **abbandonata l'idea puramente punitiva e deterrente** delle pene, a favore della loro funzione rieducativa
2) dottrina e giurisprudenza sollecitano a valorizzare anche rispetto alle misure di sicurezza la **prevenzione speciale positiva**, nell'ottica della rieducazione, dal momento che non potrebbero essere giustificate solo in una pura prospettiva di difesa sociale e neutralizzazione ex art 2 cost (rispetto della dignità umana)

→ oggi viene attribuita alle misure di sicurezza una NUOVA DUPLICE FINALITA':

a) **tutela della collettività**
b) **sopporto a favore della persona internata**

– TIPOLOGIE di misure di sicurezza (a seconda dei beni su cui incidono):

a) **PERSONALI** (DETENTIVE o NON DETENTIVE)
b) **PATRIMONIALI**

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

IL PRINCIPIO DI LEGALITA' IN FUNZIONE DELLE MISURE DI SICUREZZA

- PRINCIPIO DI **RISERVA DI LEGGE:**

art. 199 cp **Sottoposizione a misure di sicurezza: disposizione espressa di legge**:

"*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti*"

art. 25.3: "*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*"

- PRINCIPIO DI **TASSATIVITA'**:

richiamata dall'avverbio ***espressamente*** e consiste anche in questo caso nel divieto di analogia

- PRINCIPIO DI **DETERMINATEZZA**:

è *maggiormente flessibile* in quanto:

1) presupposto di questo istituto è la **pericolosità sociale**, che in quanto giudizio prognostico, è necessariamente connotato da margini di incertezza
2) la **durata** di tali misure **non è determinata**

→ INDETERMINATEZZA è *connaturata* alle misure di sicurezza

- SUCCESSIONE DELLE LEGGI PENALI NEL TEMPO:

art. 200 cp: "*Le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione*"

NB c'è una **profonda differenza** rispetto alla normativa sulle pene: sono rette dal **principio di RETROATTIVITA'**

♦ se il legislatore introduce una nuova misura di sicurezza non prevista dalla legge vigente al momento del reato, la misura avrà effetto retroattivo

NB la ≠ **DISCIPLINA** della successione delle leggi penali nel tempo tra pene e misure di sicurezza è giustificata in ragione della ≠ **FUNZIONE** svolta dalle 2 sanzioni:

a) PENE: connotate da carattere afflittivo e deterrente, devono sottostare al principio di irretroattività per:
   1) garantire ai consociati la prevedibilità della risposta sanzionatoria
   2) assicurare l'effettività della funzione di prevenzione generale
b) MISURE DI SICUREZZA: quali mezzi di prevenzione della pericolosità dell'autore, sono regolate sulla base della disciplina che, anche successivamente al fatto, risulti più efficace nella prevenzione del rischio di nuovi reati
   - si tratta di una *lettura che trascura il carattere afflittivo* della misura di sicurezza

→ parte della dottrina per salvaguardare i principi di garanzia propone una **lettura restrittiva dell'art. 200** (non accolta dalla giurisprudenza) che dovrebbe essere limitato alle regole di disciplina di misure di sicurezza **già previste al compimento del reato**, senza che sia possibile la retroattività

MISURE DI SICUREZZA PERSONALI

DETENTIVE

1) ASSEGNAZIONE A UNA COLONIA AGRICOLA O CASA DI LAVORO:
   per delinquenti abituali, professionali o per tendenza
2) RICOVERO IN UNA CASA DI CURA E DI CUSTODIA:
   per i condannati a pena diminuita a causa di infermità di mente, sordomutismo, intossicazione cronica da alcool o stupefacenti, ubriachezza abituale
   - eseguito all'interno delle rems
3) RICOVERO IN OSPEDALE PSICHIATRICO GIUDIZIARIO:
   destinato a soggetti prosciolti per vizio totale di mente, sordomutismo, intossicazione cronica da alcool o stupefacenti
   - eseguito all'interno delle rems
4) RICOVERO IN RIFORMATORIO GIUDIZIARIO:
   destinato ai minori non imputabili o imputabili
   - la misura si esegue attraverso l'affidamento del minore alla famiglia, qualora costituisca un ambiente idoneo o a una comunità

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

NON DETENTIVE

1) LIBERTA' VIGILATA:
   su **prescrizione del magistrato**, che ne fissa i **limiti idonei** per evitare commissioni di altri reati, si applica alle **ipotesi di quasi-reato** e in caso di condanna alla preclusione per un tempo **non superiore a 1 anno**
   - il soggetto è sottoposto a sorveglianza dell'autorità di pubblica sicurezza
2) DIVIETO DI SOGGIORNO IN UNO O PIU' COMUNI, o IN UNA O PIU' PROVINCE:
   applicato ai condannati per delitti contro la personalità dello stato, l'ordine pubblico, o per delitti commessi per motivi politici o occasionati da particolari condizioni sociali o morali esistenti in un determinato luogo
3) DIVIETO DI FREQUENTARE OSTERIE O PUBBLICI SPACCI DI BEVANDE ALCOLICHE:
   destinato ai condannati per reati commessi in stato di ubriachezza, sempre che questa sia abituale
4) ESPULSIONE dello stato di un cittadino non facente parte dell'UE e ALLONTANEMENTO dal territorio dello stato di un cittadino facente parte dell'UE:
   si applica in caso di condanna superiore a 2 anni, o per delitti contro la personalità dello stato
   solo dopo che la pena è stata eseguita o estinta
5) LIMITAZIONI PROFESSIONALI E DI CIRCOLAZIONE PER I CONDANNATI DI DELITTI DI PEDOPORNOGRAFIA:
   in particolare con riferimento a luoghi frequentati da minori

PRESUPPOSTI DI APPLICAZIONE

1) **OGGETTIVO:** è necessaria
   a) la **commissione di un reato** (anche tentato)
   b) di un **quasi-reato** (reato impossibile, istigazione e accordo a commettere un reato, quando poi il reato non sia commesso)
      - in questo caso quando il legislatore non dà indicazione sul tipo di misura di sicurezza da applicare, si intende la libertà vigilata
2) **SOGGETTIVO**:
   la **pericolosità sociale**

art. 203 cp: "*Agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.*
La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133."

→ è un **giudizio prognostico di probabilità** di commissione di nuovi reati
a differenza della *capacità a delinquere* che è una mera possibilità di commettere reati (la differenza tra le due nozioni è *quantitativa*)

- **NB** questione della PERICOLOSITA' SOCIALE PRESUNTA:
  originariamente era prevista per tutta una serie di reati (es soggetto prosciolto per infermità di mente, soggetto semi-imputabile per vizio parziale di mente, il minore non imputabile..)
  - con l'entrata in vigore della costituzione, ex art. 3, si è sollevato un **problema di compatibilità** e quindi tali ipotesi SONO STATE ABOLITE dalla legge Gozzini

→ necessario l'**accertamento CONCRETO dell'effettiva** pericolosità sociale

→ sul piano della **prassi applicativa** c'è stato un drastico ridimensionamento dell'applicazione delle misure di sicurezza

- **NB** PERICOLOSITA' SOCIALE DEI MINORI:
  il giudizio di accertamento assume **caratteri più specifici**
  - ai sensi delle disposizioni del processo penale minorile è necessario:
    1) che sia stato commesso un delitto per il quale sia prevista la possibilità di applicare una misura cautelare
    2) che non si tratti di mera probabilità di commettere reati ma è richiesto il concreto pericolo che il minore commetta delitti con violenza o con la criminalità organizzata

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LE FIGURE DI PERICOLOSITA' SOCIALE QUALIFICATA

determinati **indici legali** che rappresentano le **tipizzazioni** fatte dal legislatore di soggetti imputabili per pericolosità sociale, al fine di agevolare l'accertamento del giudice

a) **DELINQUENTE ABITUALE:**
   si fonda sul principio in forza del quale la commissione di più reati nel tempo **allenta i freni inibitori** e **predispone il soggetto a commetterne in futuro altri**
   - abitualità PRESUNTA DALLA LEGGE:
     commissione di almeno **3 delitti non colposi**, con pena totale superiore **a 5 anni**, commessi nell'**arco di 10 anni,** e riporta una condanna all'ultimo delitto di 10 anni
   - abitualità RITENUTA DAL GIUDICE:
     dichiarazione di abitualità fondata sul presupposto oggettivo di una *carriera criminale meno grave*, ma sulla base dei criteri dell'art. 133 il giudice può affermare che il soggetto sia ***dedito al delitto*,** cioè abbia una rilevante inclinazione alla commissione di questi

b) **DELINQUENTE PROFESSIONALE**:
   chi trovandosi nella categoria dell'abitualità, debba ritenersi che **viva abitualmente**, o anche solo in parte, dei **proventi dei reati**
   └non è una qualificazione presunta ma valutata in concreto dal giudice

c) **DELINQUENTE PER TENDENZA**:
   chi, anche autore primario, commette un delitto non colposo, contro la vita o l'incolumità individuale, che secondo il giudice ex art. 133 cp, riveli una **speciale inclinazione** al delitto determinata da un'**indole malvagia**
   └no applicazione in giurisprudenza

art. 109 cp **Effetti della dichiarazione di abitualità, professionalità o tendenza a delinquere**:

"*Oltre agli aumenti di pena stabiliti per la recidiva e i particolari effetti indicati da altre disposizioni di legge, la dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato o di tendenza a delinquere importa l'applicazione di misure di sicurezza.*

La dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato può essere pronunciata in ogni tempo, anche dopo la esecuzione della pena; ma se è pronunciata dopo la sentenza di condanna, non si tiene conto della successiva condotta del colpevole e rimane ferma la pena inflitta.

La dichiarazione di tendenza a delinquere non può essere pronunciata che con la sentenza di condanna.

La dichiarazione di abitualità e professionalità nel reato e quella di tendenza a delinquere si estinguono per effetto della riabilitazione"

DISCIPLINA DELLE MISURE DI SICUREZZA

– **APPLICAZIONE**:
  sono ordinate dal **giudice**:
  a) nella stessa **sentenza** di condanna o proscioglimento
  b) con un **provvedimento successivo**, durante l'esecuzione della pena
     └**NB** l'art. 109.2 cp specifica che NON si debba tener conto della ***condotta successiva*** alla condanna del colpevole per la dichiarazione di abitualità/professionale, è questa norma è da ESTENDERE a tutte le ipotesi in cui una misura di sicurezza può essere ordinata con provvedimento successivo
     → può essere ordinata successivamente solo se ne sussistano **precedentemente i presupposti**

– APPLICAZIONE **PROVVISORIA** ex art. 206 cp:

"*Durante l'istruzione o il giudizio, può disporsi che il minore di età, o l'infermo di mente, o l'ubriaco abituale, o la persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti, o in stato di cronica intossicazione prodotta da alcool o da sostanze stupefacenti, siano provvisoriamente ricoverati in un riformatorio o in un ospedale psichiatrico giudiziario, o in una casa di cura e di custodia.*

Il giudice revoca l'ordine, quando ritenga che tali persone non siano più socialmente pericolose."

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- **DURATA MINIMA**:
  è **differenziata** in relazione alle diverse misure e ai destinatari delle stesse
  - **NB** ad ogni modo la misura **cessa prima** della decorrenza del termine minimo QUALORA sia accertato dal giudice di sorveglianza che sia venuta meno la pericolosità sociale
  - la corte ha dichiarato illegittimità costituzionale della disciplina della durata minima, che il codice Rocco prevedeva come inderogabile, salva la revoca disposta dal ministro (sostituito dall'autorità giudiziaria)

art. 207 **Revoca delle misure di sicurezza personali**:

"*Le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose.*

La revoca non può essere ordinata se non è decorso un tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna misura di sicurezza"

→ hanno una **durata non predeterminata** che si PROLUNGA attraverso il sistema del **riesame della pericolosità**

- **RIESAME DELLA PERICOLOSITA'**:

art. 208 cp: "*Decorso il periodo minimo di durata, stabilito dalla legge per ciascuna misura di sicurezza, il giudice riprende in esame le condizioni della persona che vi è sottoposta, per stabilire se essa è ancora socialmente pericolosa.*

Qualora la persona risulti ancora pericolosa, il giudice fissa un nuovo termine per un esame ulteriore. Nondimeno, quando vi sia ragione di ritenere che il pericolo sia cessato, il giudice può, in ogni tempo, procedere a nuovi accertamenti"

→ decorso il termine minimo di durata (o eventualmente prima), il giudice riprende in esame le condizioni della persona sottoposta alla misura di sicurezza, per stabilire se essa sia ancora socialmente pericolosa:

a) se la pericolosità sociale è cessata, l'esecuzione della misura è **interrotta**
b) se la pericolosità sociale persiste, il giudice fissa un **nuovo termine** per il riesame della pericolosità

- **LIMITE DI DURATA MASSIMA** per le MISURE DETENTIVE:

  la l. 81/2014 ha introdotto una DEROGA alla disciplina generale con riferimento alle misure detentive:
  è previsto un termine di durata massimo rapportato al **massimo edittale** di pena prevista per il reato-supposto commesso
  - **NB** questa disciplina NON si applica né alle misure non detentive né ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo
  - **NB** permette di superare il fenomeno dei c.d. ***ergastoli bianchi,*** condizione dei soggetti internati in esecuzione di una misura di sicurezza e privati *sine die* della libertà personale attraverso il meccanismo del riesame della pericolosità sociale
- ESTINZIONE del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione
- ESECUZIONE DI PENE E DI MISURE DI SICUREZZA:
  1) **non** è previsto un ***rapporto vicariale*** nel rapporto tra pene e misure di sicurezza
     non è possibile lo scomputo della durata di una delle due sanzioni nel periodo di esecuzione dell'altra
  2) regola generale:
     - le misure di sicurezza detentive sono eseguite **dopo** che la pena è stata scontata o estinta
     - nel caso in cui al condannato sia anche ordinato il ricovero nelle rems, il giudice può disporre che il ricovero venga eseguito **prima**
- INOSSERVANZA di misure di sicurezza:

  se una persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva si sottragga volontariamente all'esecuzione di essa,
  - previsto che ricominci a decorrere nuovamente il periodo minimo di durata
  - la disposizione non si applica ai soggetti ricoverati nei rems

This document is available on studocu

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

MISURE DI SICUREZZA IN CASO DI INFERMITA' DI MENTE

(art. 222 "ricovero in manicomio giudiziario)

- CRISI DEGLI OPG:
  1) la l. 180/1978, c.d. **legge Basaglia,** chiuse tutti gli ospedali psichiatrici e gli *ospedali psichiatrici giudiziari* erano diventate le UNICHE strutture destinate ai malati di mente autori di reato

  → si determinava una forte divaricazione di disciplina a seconda che il malato di mente fosse o non fosse autore di reato:
     a) fosse autore di un reato: applicazione della misura di sicurezza negli opg, accertata la pericolosità sociale
     b) non fosse autore di un reato: per effetto della legge Basaglia, alle istituzioni manicomiali si sostituivano programmi di trattamento terapeutico volontari, in libertà
  2) passaggio **dalla cultura del CONTROLLO a quella della CURA** rispetto alla malattia mentale porta al superamento della *presunzione di pericolosità sociale* per i soggetti non imputabili per vizio di mente
     └**NB** PERO' in caso di accertamento della pericolosità sociale, il giudice poteva disporre solo il ricovero in opg, anche nei casi in cui sarebbero state sufficienti misure **meno invasive** per contenere il rischio di commissione di nuovi reati

  → il ricovero in opg risultava in tal modo **sproporzionato**, perché del tutto sbilanciato sulle esigenze di difesa sociale, con **pregiudizio dei bisogni terapeutici** del soggetto
  3) intervento della corte costituzionale nel 2003 e passaggio alla **LIBERTA' VIGILATA**:
     sent. 253/2003 dichiarazione dell'**illegittimità costituzionale dell'art. 222** cp per violazione dell'art.32, nella parte in cui *non consente al giudice di adottare, in luogo dell'opg, la misura della libertà vigilata con prescrizioni idonee:*
     *1) ad **assicurare adeguate cure all'infermo***
     *2) a **far fronte alla sua pericolosità sociale***
     } due polarità entro le quali i principi costituzionali consentono l'applicazione di misure di sicurezza ad infermi di mente
     + specificazione che *le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da recare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente*
     └la corte è giunta a tale conclusione valorizzando il **contenuto elastico** della misura di sicurezza della libertà vigilata, che può essere *arricchita* dal magistrato con prescrizioni terapeutiche

  → in tal modo l'opg si è trasformato in uno **strumento sussidiario** di controllo, applicabile SOLO quando la libertà vigilata terapeutica non sia idonea a controllare la pericolosità sociale

- COSTITUZIONE DELLE REMS: residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza
  1) le condizioni di vita negli opg e nelle case di cura e custodia erano talmente **degradate** da essere state più volte oggetto di attenzione, tra cui da ultimo di una **commissione parlamentare** che aveva svolto **un'indagine all'interno di 6 ospedali** psichiatrici

  → il parlamento di conseguenza dispose il definitivo superamento degli opg e delle case di cura e custodia nel dl 22/2011, attraverso la costituzione di **strutture regionali** affidate alla gestione del **sistema sanitario nazionale**

  → elementi POSITIVI:
  - sono costituite a livello regionale in modo da ridurre gli **effetti negativi dello sradicamento** dell'internato dal suo territorio
  - sono connotate da una **gestione interna esclusivamente sanitaria**, mentre il controllo di sicurezza può essere esercitato solo all'esterno delle strutture

  2) la l.81/2014 ha concesso l'**ultima proroga** per la chiusura degli opg e ha disposto che:
  - dal 1°aprile del 2015 non fosse più possibile disporre ricoveri in opg, e le vecchie e fatiscenti strutture degli opg vennero ufficialmente tutte chiuse
  - si dovessero avviare **programmi individuali terapeutico-riabilitativi** da affiancare alla libertà vigilata, riservando alle **rems un intervento sussidiario**
    └solo quando risulta indispensabile sulla base dei criteri dettati dalla sent 253/2003

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

- l'accertamento della pericolosità sociale tenga conto di 2 LIMITI:
  1) la mancanza di programmi terapeutici individuali non può fondare il giudizio di pericolosità del soggetto previsione volta ad evitare che sul soggetto gravino i limiti e le lentezze dei servizi sanitari regionali
  2) solo sulla base delle **qualità soggettive** della persona, senza tener conto dei criteri ex art. 133 (condizione di vita individuale, familiare, etc)
     - **NB** questa *decontestualizzazione del giudizio prognostico* non convince dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale, dal momento che è da tempo acquisito che la pericolosità sociale non possa prescindere dal contesto ambientale nel quale il soggetto si colloca e dal quale è necessariamente condizionato (si parla della c.d. pericolosità sociale situazionale)
     - **NB** la corte costituzionale ha specificato che tale previsione serve semplicemente a stabilire i rems come *extrema ratio*, qualora il giudice non accerti possibili altre strade

MISURE DI SICUREZZA PATRIMONIALI

1) **CAUZIONE DI BUONA CONDOTTA:**
   consiste nel deposito presso la **cassa delle ammende** di una somma di denaro, e se durante l'esecuzione della misura (che può durare da 1 a 5 anni) chi vi è sottoposto non commette alcun delitto o contravvenzione punita con l'arresto, è ordinata la restituzione della somma
   - somma richiesta: dai 100 a 2000euro circa
   - misura di scarsa efficacia
2) **CONFISCA:**
   provvedimento ablativo di acquisizione a favore del patrimonio disponibile dello stato, della proprietà di alcuni beni determinati
   - **NB** per espressa previsione di legge, *non presuppone l'accertamento della pericolosità sociale* dell'autore, ma si sostiene che la confisca presupponga la **pericolosità sociale della cosa**, da intendere nel senso che la ***disponibilità di quei beni*** in capo all'autore del reato rappresenta un ***possibile fattore criminogeno***
   - **NB** la confisca NON PUO' ESSERE DISPOSTA qualora la cosa appartenga (necessario il diritto di proprietà) a **persona estranea al reato**
   - l'art. 240 cp prevede 2 TIPOLOGIE di confisca: **facoltativa** o **obbligatoria**

CONFISCA FACOLTATIVA

in caso di **condanna** il giudice PUO' ordinare la confisca

a) COSE CHE SERVIRONO o furono DESTINATE a commettere il reato
b) PRODOTTO del risultato MATERIALE del fatto di reato
c) profitto consistente nel VANTAGGIO ECONOMICO derivante dal reato
   - è necessario un nesso di derivazione diretta del profitto dal reato e può riguardare anche oggetti o altre utilità frutto del reimpiego del denaro ottenuto

CONFISCA OBBLIGATORIA

è sempre ordinata la confisca:

a) delle cose che costituiscono il PREZZO del reato, consistente nel vantaggio economico derivato dalla commissione del reato
b) dei beni e degli strumenti usati per la commissione di alcuni reati informatici
c) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

MISURE DI PREVENZIONE

- NOZIONE:
  strumenti di **intervento *praeter delictum***, perché sono applicabili ancora **prima** e **a prescindere** dalla commissione di reati, a persone che per il loro comportamento, siano da considerare **pericolose per la sicurezza pubblica**
- DISCIPLINA LEGISLATIVA:
  sistematizzata nella l. 159/2011 , il c.d. **codice antimafia** (non disciplina solo le misure di prevenzione applicabili agli indiziati di un'appartenenza ad un'associazione mafiosa)
- MISURE DI PREVEZIONE **PERSONALI:**
  incidono sulla **libertà personale** e sono:
  a) **foglio di via obbligatorio**
  b) **avviso orale del questore**
  c) **sorveglianza speciale di pubblica sicurezza**
     che può essere aggravata dall'**obbligo di soggiorno** nel comune di residenza
- DESTINATARI delle prime due ipotesi:
  coloro che debba ritenersi su elementi di fatto:
  - che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi
  - che per la loro condotta e il tenore di vita debba ritenersi che vivano dei proventi di attività delittuose

  → fattispecie di ***pericolosità generica***, in quanto il presupposto applicativo non è costituito da elementi di sospetto in relazione alla commissione di una specifica ipotesi delittuosa
- la prevalente dottrina le considera le c.d. **PENE DEL SOSPETTO**:
  la loro applicazione sembra essere determinata o dal sospetto che i loro destinatari abbiano commesso un reato (del quale non c'è prova) o che intendano commetterne uno (giudizio prognostico)
  → il cod. antimafia prevede specifiche categorie di indiziati a cui applicare la sorveglianza speciale nelle c.d. ***fattispecie a pericolosità specifica*** (meglio identificate con precisione concreta)
- nel '65 il legislatore avviò la 1° STRATEGIA di contrasto alla criminalità organizzata, **estendo** l'applicazione della misura della **sorveglianza speciale di pubblica sicurezza agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose**
  └ scelta FALLIMENTARE: il fatto che fosse stato previsto che l'esecuzione della misura dovesse avvenire in un comune diverso da quello di residenza ebbe l'effetto controproducente di espandere il fenomeno della criminalità organizzata

  → il CAMBIO di strategia di controllo preventivo arrivò con la **legge Rognoni-LaTorre** nell'82 quando si avviò il contrasto alla criminalità organizzata contro i loro **interessi patrimoniali** attraverso il sequestro e la confisca
  REQUISITI per la confisca sproporzione e mancata giustificazione di illecita provenienza
- **COMPATIBILITA' COSTITUZIONALE** (in particolare di quelle personali e non patrimoniali):
  è stata più volte messa in discussione dalla dottrina dal momento che:
  1) non compaiono all'art. 25 cost che menziona solo le pene e le misure di sicurezza
  2) non possono rientrare nell'art. 13 cost dal momento che le limitazioni preventive della libertà personale previste sono solo quelle disposte all'interno di un processo finalizzato all'accertamento di un reato

  NB altri autori sono giunti alla **conclusione opposta** facendo leva sull'art. 13 ed estendo l'art 25.3 anche ad esse
  3) risultano sproporzionate ex art 3

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

LA RESPONSABILITA' DELLE PERSONE FISICHE E DEGLI ENTI

INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI PENALMENTE RESPONSABILI NELLE SOCIETA' DI CAPITALI

- un primo criterio attiene all'**EFFETTIVITA' DELLE FUNZIONI SVOLTE**:
  per capire a chi debba essere imputato il compimento di un fatto delittuoso occorre verificare l'effettiva **attribuzione dei poteri gestori** INDIPENDENTEMENTE dalla qualifica formale dei soggetti coinvolti

→ il TU in materia di sicurezza del lavoro prevede che *le posizioni di garanzia di datore di lavoro e dirigente gravano anche su coloro che, indipendentemente da una formale investitura, ne esercitino in concreto i poteri giuridici di gestione e controllo*
  └ sulla base del **principio di effettività**

- DELEGA DI FUNZIONI:
  atto scritto in cui l'amministratore delegato di un'azienda delega i suoi poteri a un soggetto che per professionalità e per prossimità ai luoghi in cui si potrebbero verificare i rischi, sia in grado di ottemperare gli obblighi previsti dalla legge

DIBATTITO SULLA RESPONSABILITA' PENALE DELLE PERSONE GIURIDICHE

- TRADIZIONALMENTE:
  solo le persone fisiche sono destinatarie dalla legge, mentre nei confronti delle persone giuridiche sono previste **SOLO SANZIONI CIVILI o AMMINISTRATIVE**
  └ ***societas delinquere non potest***
- ARGOMENTI CONTRARI:
  a) art. 197 cp che prevede l'obbligazione civile delle persone giuridiche per il pagamento di multe o ammende
  b) art. 27.1 cost: principio della responsabilità penale personale
  c) art. 27.3 cost: funzione rieducativa della pena
- ARGOMENTI A FAVORE:
  a) previsione di misure di sicurezza e non di pene, che possono essere applicate a un soggetto no
  b) ci sono reati che sono espressione:
  - o di politiche di impresa, che nascono da decisioni prese a diversi livelli della struttura societaria
  - o di difetti di organizzazione

  → se fosse chiamata a rispondere solo la persona fisica autrice del reato, la **risposta sanzionatoria sarebbe del tutto sproporzionata** dal momento che **non terrebbe conto del contesto organizzativo**
  └ si tratterebbe di una violazione dell'art. 27.1 poiché la persona sarebbe chiamata a rispondere di un fatto che non può essere del tutto rimproverato, in quanto dipende da altri fattori

  c) sul piano dell'**efficacia del sistema sanzionatorio** si è rilevato che solo RESPONSABILIZZANDO L'ENTE si garantirebbe una risposta penale proporzionata ed efficace

LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI DIPENDENTE DA REATO (dlgs 231/2001)

- si applica fondamentalmente a tutti gli enti (anche privi di personalità giuridica) escluso lo stato e gli enti pubblici
- PRINCIPI DI GARANZIA:
  riprendono quelle previste dalla disciplina penale: **principio di legalità** e corollari

→ la responsabilità è limitata a un elenco tassativo di fattispecie (reato-presupposto)

- REQUISITI STRUTTURALI:
  il reato deve essere stato commesso:
  1) **o nell'interesse**
  2) **o a vantaggio dell'ente**
  └ **NB** elementi riferiti alla CONDOTTA, non all'evento (al fine di includere anche i reati colposi)
  3) il reato deve essere stato commesso da:
     a) o **soggetti in posizione apicale** (soggetti con funzione di rappresentanza, amministrazione..)
     b) o **da soggetti in posizione subordinata** (persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di sogg apicali)

This document is available on studocu
Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)

4) mancata o insufficiente adozione di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi

- in relazione alla vicenda Thyssen Krupp nel corso della quale persero la vita 7 persone
  1) la corte d'Assise ha riconosciuto la responsabilità della società per i reati di omicidio colposo sul presupposto che le *gravissime violazioni della normativa antifortunistica e antincendio, le colpevoli omissioni erano caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda aveva interessante risparmio*
  2) la corte di cassazione ha ribadito la posizione

- **NB** la responsabilità dell'ente *non fa venire meno* quella della PERSONA FISICA
  - ne **risponde sul piano penale**
  - sono AUTONOME: la responsabilità amministrativa sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o il reato viene per quest'ultimo prescritto
- SANZIONE AMMINISTRATIVA:
  - quella principale è la **sanzione pecuniaria**, commisurata per quote il cui numero viene determinato in relazione al grado di responsabilità dell'ente
  - poi sono previste anche **sanzioni interdittive** (interdizione dall'esercizio dell'attività, sospensione o revoca di autorizzazioni…)

Downloaded by Giacomo Bertolazzi (bertolazzigiacomo2@gmail.com)